

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FLÁVIA CAROLINA KOCH LISTON

**A SUPERAÇÃO E A DISTINÇÃO DE PRECEDENTES FIRMADOS EM
RECURSOS EXCEPCIONAIS REPETITIVOS:
uma análise dos artigos 988 e 1.030 do CPC**

CURITIBA

2018

FLÁVIA CAROLINA KOCH LISTON

**A DISTINÇÃO E A SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES FIRMADOS EM
RECURSOS EXCEPCIONAIS REPETITIVOS:
uma análise dos artigos 988 e 1.030 do CPC**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito – Habilitação em Direito das Relações Sociais – pela Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Profa. Dra. Rita de Cássia Corrêa Vasconcelos

CURITIBA

2018

À tia Jessy (*in memoriam*), quem, sempre com palavras de carinho, ofereceu-me apoio e incentivo. Seu exemplo de luz e força ecoará para sempre em meu coração.

AGRADECIMENTOS

À minha família, em especial meus pais, Flávio e Alceni, por todo o amor, carinho, incentivo e confiança que sempre depositaram em mim. Esta conquista não teria sido possível sem vocês.

Ao Marlon, por todo o amor, demonstrado em abraços de incentivo e ouvidos atentos, mesmo nos dias mais negros desta longa jornada.

Aos meus poucos e bons amigos, que tornaram o caminhar dos últimos anos mais leve.

À Universidade Federal do Paraná, que me oportunizou conhecimento de qualidade ímpar. Serei eternamente grata a esta instituição de ensino que, ao longo dos últimos anos, me preparou não só para o mercado de trabalho, mas também, e principalmente, para a vida.

A todos os professores que, cada um à sua maneira, me repassaram seus aprendizados e suas experiências, contribuindo para minha formação.

À minha orientadora professora Rita de Cássia Corrêa Vasconcelos, quem me inspirou confiança e sabedoria. Obrigada por todo o suporte e incentivo oferecido na elaboração deste trabalho.

Às oportunidades de estágios que realizei, locais que acabaram, no fim das contas, aflorando em mim a paixão pela matéria de direito processual civil, bem como a vontade de lutar e contribuir, de alguma maneira, para que o bem jurídico possa ser garantido às partes da forma mais efetiva e justa possível. Sem estas experiências não me sentiria tão preparada para começar esse novo ciclo, como me sinto hoje.

A todos vocês, muito obrigada.

*“I knew who I was this morning, but I’ve changed
a few times since then.”*

*Lewis Carroll, Alice's Adventures in Wonderland
& Through the Looking-Glass*

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo principal analisar a recorribilidade das decisões que julgam improcedentes pedidos de superação e distinção de precedentes firmados em sede de recursos excepcionais repetitivos, mediante uma interpretação integrativa dos artigos 988 e 1.030 do CPC, alterados pela Lei n. 13.256 de 2016. Para tanto, utilizou-se de pesquisas bibliográficas, tendo sido, inicialmente, expostos, à luz da teoria do *Stare Decisis*, os conceitos básicos das técnicas utilizadas para distinguir e revogar um precedente, quais sejam, *Distinguishing* (distinção), *Overruling* (superação) e *Anticipatory Overruling* (superação antecipada). Posteriormente, mediante pesquisa e análise de dispositivos legais, bem como das principais posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, concluiu-se que, dando interpretação sistêmica ao p. 4 e p. 5, II, ambos do artigo 988 do CPC, contra decisão que envolva alegação de *Distinguishing*, será cabível Reclamação para garantir a observância do recurso excepcional repetitivo apenas depois que esgotadas as instâncias ordinárias. No que se refere ao *Overruling*, concluiu-se que será cabível Reclamação, com fundamento no artigo 988, I, do CPC, para preservar a competência das Cortes Superiores, tendo em vista, principalmente, a regra do *Stare Decisis* que dispõe que somente a corte que firmou o precedente poderá revogá-lo, bem como a prevista no art. 1.030, I, “b” do CPC, que determina que o Tribunal recorrido deverá negar seguimento a recurso excepcional interposto em face de acórdão que estiver em conformidade com entendimento pacificado em recurso repetitivo. Nesta linha de raciocínio, concluiu-se, também, que a decisão do Tribunal de Justiça que negar seguimento a recurso excepcional com fulcro no art. 1.030, I, “b”, deverá ser unicamente de admissibilidade e não de mérito, já que haverá, nesse último caso, usurpação da competência das Cortes Superiores. Por fim, quando houver teses que contenham alegação de superação de precedente firmados em REsp e RE repetitivos desde o início, argumentou-se a vantagem da realização do *Anticipatory Overruling*, quando admissível, bem como a possibilidade da propositura de Reclamação sem que seja necessário aguardar o esgotamento de todas as instâncias ordinárias, ponderando-se, em ambos os casos, a expectativa dos jurisdicionados na perspectiva de segurança jurídica e a necessidade de se observar o princípio da razoável duração do processo.

Palavras-chave: CPC. Precedentes judiciais. *Distinguishing*. *Overruling*. *Anticipatory Overruling*. Recursos excepcionais repetitivos. REsp. RE. Reclamação. Art. 1.030, I, “b”. Art. 988, I. Art. 988, p. 5, II. Lei n. 13.256 de 2016.

ABSTRACT

The present study primarily aims to analyze the possibility of review of decisions that deem unfounded the demands of overcoming and distinction of precedents established upon repetitive exceptional resources, according to a full interpretation of articles 988 and 1.030 of CPC, altered by Law n. 13.256 of 2016. To these ends, bibliographic research was developed, initially exposing, in accordance to the theory of *Stare Decisis*, the basic concepts of techniques used to distinguish and revoke a precedent, those being *Distinguishing*, *Overruling*, and *Anticipatory Overruling*. Subsequently, as given by research and analysis of legal devices and of the main doctrinal and jurisprudential positions on the topic, it was concluded that, granted a systematic interpretation of p. 4 and p. 5, II, both from article 988 of CPC, against decisions that involve the allegation of *Distinguishing*, a “Complain” is suitable to ensure the observance of the exceptional repetitive resource only after the ordinary instances are exhausted. Regarding *Overruling*, it was concluded that a “Complaint” is suitable, as founded on article 988, I, of CPC, in order to preserve the competency of Superior Courts, mainly taking into account the rule of *Stare Decisis* that establishes that only the court that settled the precedent may revoke it, as well as the rule outlined in art. 1.030, I, “b,” of CPC, which determines that the Tribunal that resorts shall preclude the advance of an interposed exceptional resource when the decision is in agreement with a pacific understanding in repetitive resource. In this line, it was also concluded that any decision from the Tribunal of Justice that negates the advance of an exceptional resource according to art. 1.030, I, “b,” shall be solely out of admissibility and not out of merit, since this second option would imply an usurpation of competency from the Superior Courts. Finally, when there are tests that contain an allegation of a overcoming of precedents established in REsp and RE repetitive from the start, it was argued for the advantage of the realization of the *Anticipatory Overruling*, when allowed, as well as for the possibility of a proposition of “Complaint” without requiring the exhaustion of all ordinary instances, considering in both cases the expectancy of the jurisdictional regarding juridical security and the necessity to observe the principle of a speedy trial.

Keywords: CPC. Judicial precedents. *Distinguishing*. *Overruling*. *Anticipatory Overruling*. Exceptional repetitive resources. REsp. RE. “Complaint”. Art. 1,030, I, “b.” Art. 988 and p. 5, II. Law n. 13,256 of 2016.

LISTA DE ABREVIATURAS

- Art. – Artigo
p. – Parágrafo

LISTA DE SIGLAS

- CF – Constituição Federal.
CPC – Código de Processo Civil
RE – Recurso extraordinário
REsp – Recurso Especial
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TJ – Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. TÉCNICAS DE SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES	20
2.1 <i>DISTINGUISHING</i>	20
2.2 <i>OVERRULING</i>	24
2.3 <i>ANTICIPATORY OVERRULING</i>	29
3. EXAME DOS ARTIGOS 988 E 1.030 DO CPC	31
3.1 A UTILIZAÇÃO DA RECLAMAÇÃO EM CASOS QUE ENVOLVAM ALEGAÇÕES DE DISTINÇÃO: INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA DO P. 4 E P. 5, II, AMBOS DO ART. 988 DO CPC.....	31
3.2 O ARTIGO 1.030, I, “B” DO CPC E A IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES QUE JULGAM IMPROCEDENTES PLEITOS DE <i>OVERRULING</i>	33
3.3 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ATUAL	36
3.4 NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO A RECURSO EXCEPCIONAL COM BASE NO ART. 1.030, I, “B”	40
4. O <i>ANTICIPATORY OVERRULING</i> EM TESES QUE TENHAM COMO FUNDAMENTO A SUPERAÇÃO DE UM PRECEDENTE DESDE O INÍCIO	42
4.1 INTERPOSIÇÃO DE RECLAMAÇÃO SEM A NECESSIDADE DO ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS EM ALEGAÇÃO DE <i>OVERRULING</i>	45
5. CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS	56

1. INTRODUÇÃO

A jurisprudência, entendida como o conjunto de decisões sobre interpretações das leis, emanadas pelos tribunais de determinada jurisdição, é, ao lado da lei, dos costumes, da doutrina e dos princípios gerais, uma importante fonte do direito, razão pela qual se revela um tema de grande relevância não só científica como também prática para o ramo do direito processual civil.

Importante destacar, desde o início, que jurisprudência não se confunde com precedente jurisprudencial. Enquanto aquela traz em si a ideia implícita de uma coletividade de decisões, este é uma única decisão judicial com potencial para servir de regra para decisões de casos futuros, que envolvam questões jurídicas semelhantes.¹ Nas palavras de Alexandre Freire o precedente judicial pode ser conceituado como “(...) uma decisão estabelecida em caso jurídico anterior que seja vinculante ou persuasiva para o mesmo órgão judicial ou para outro ao decidir casos subsequentes com questões jurídicas ou fatos similares”.²

O método de julgamento baseado na utilização de precedentes judiciais advém do sistema jurídico da *Common Law*, também conhecido como sistema anglo-saxão, pois se desenvolveu, a partir do século XII e XIII, originalmente nos tribunais reais de justiça da Inglaterra (Tribunais de Westminster),³ tendo sido posteriormente adotado por países que tiveram seu direito modelado pelo inglês, como, por exemplo, Estados Unidos e Austrália.⁴

Anteriormente à criação dos Tribunais Reais, não havia uma jurisdição unificada em toda Inglaterra, razão pela qual não se dava muita atenção às normas produzidas pelo parlamento inglês. Aplicava-se, assim, para a solução dos conflitos, o costume local, até porque, quem julgava os processos eram pessoas da comunidade, que sequer possuíam um conhecimento escrito.⁵

Destarte, o *Common Law* (direito comum) se desenvolveu a partir de regras não escritas, com base no direito costumeiro e na tradição da sociedade inglesa, criadas inicialmente por juízes ingleses, que foram “lapidadas” ao longo do tempo. Seu

¹ FREIRE, Alexandre. Precedente judiciais: Conceito, categorias e funcionalidade. **Panorama atual do novo CPC 2**. Coord.: Paulo Henrique dos Santos Lucon e Pedro Miranda de Oliveira. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 34-35.

² Idem.

³ RENÉ, David. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Fontes, 2002. p. 357.

⁴ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 15.

⁵ Idem.

desenvolvimento se deu de maneira contínua e ininterrupta,⁶ ou seja, sem grandes intempéries, como ocorrido no direito romano-germânico na época da Revolução Francesa, por exemplo.

No sistema anglo-saxônico os precedentes judiciais e o direito consuetudinário são considerados, portanto, como as principais fontes do direito, devendo os juízes resolver os litígios e proferir sentenças do caso concreto levando em consideração os costumes locais, bem como decisões judiciais anteriormente proferidas.

Esta doutrina, segundo a qual as decisões de um órgão judicial criam precedentes e vinculam futuras decisões, é chamada pelo sistema jurídico da *Common Law* de *Stare Decisis* (doutrina do precedente).

De acordo com referida doutrina, o precedente projeta uma eficácia de alta intensidade e de caráter vinculante aos julgamentos sucessivos, de modo que quando as mesmas questões surgirem futuramente em causas semelhantes, o órgão julgador deve seguir as decisões anteriores.⁷

Nesse sentido, no sistema jurídico da *Common Law* a decisão judicial exerce duas funções básicas: uma primeira, e mais evidente, de resolver o conflito imediato, e uma segunda de estabelecer um precedente que servirá de base para futuras decisões. De acordo com Allan Farnsworth,⁸

A segunda função da decisão judicial, característica do direito de tradição inglesa, é estabelecer um precedente, em face do qual um caso análogo a surgir no futuro será provavelmente decidido da mesma forma. Essa doutrina é frequentemente designada pelo seu nome latino *Stare decisis et non quieta movere*, apoiar as decisões e não perturbar os pontos pacíficos.

Para referido autor a justificação dada à doutrina do *Stare Decisis* pode ser resumida em quatro palavras: igualdade, previsibilidade, respeito e economia. Allan argumenta que a aplicação de uma mesma regra para casos diversos traria igualdade de tratamento para todos que busquem o poder judiciário, tornaria previsível a solução de litígios futuros, demonstraria o devido respeito à sabedoria e experiência da geração de juízes anteriores, e – talvez o mais importante para o atual sistema jurídico brasileiro – pouparia tempo e energia.⁹

⁶ WAMBIER apud GALIO. História e formação dos sistemas *civil law* e *common law*: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas. In: GALIO, Morgana Henicka. **Overruling**: a superação do precedente. 283f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

⁷ DE ALMEIDA, Marcelo Pereira. **Precedentes judiciais**: análise crítica dos métodos empregados no Brasil para solução de demandas de massa. São Paulo: Juruá Editora, 2014. p. 144-155.

⁸ FARNSWORTH, Edward Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos**. Bloomington: Companhia Editora Forense, 1966. p. 61-62.

⁹ Ibidem, p. 63.

Por outro lado, o sistema jurídico da *Civil Law*, oriundo da Europa continental de tradição romano-germânica, pode ser conceituado como aquele que tradicionalmente considera a lei como fonte primária do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, instrumento apto a solucionar as controvérsias levadas ao conhecimento do Poder Judiciário.

Tal sistema consubstancia-se principalmente em leis, abrangendo os atos normativos em geral, como decretos, resoluções e medidas provisórias. O magistrado deve apenas interpretá-las, aplicando o direito escrito e positivado ao caso concreto, não lhe sendo reconhecido, portanto, poderes para “criar direito”.

É de se reconhecer, desde logo, que no sistema da *Civil Law* existe uma vasta margem interpretativa conferida aos órgãos jurisdicionais, já que ao aplicar a lei “seca” o magistrado parte de um comando geral e abstrato a ser sobreposto a um caso concreto. Por outro lado, quando o julgador da *Common Law* abstrai-se da lei para aplicar tão somente o precedente jurisprudencial, gera-se, inevitavelmente, maior estabilidade e previsibilidade às decisões judiciais, em especial quando comparado ao sistema jurídico romano-germânico.¹⁰

Importante frisar, também, que no sistema do *Civil Law*, apesar de haver preponderância das leis, há espaço para os precedentes judiciais. A diferença em relação ao sistema da *Common Law* é que o precedente emanado de uma Corte Superior terá função apenas de orientação da interpretação da lei pelos juízos inferiores (*Persuasive Authority*), não obrigando o julgador a adotar necessariamente o mesmo fundamento das decisões juridicamente semelhantes proferidas anteriormente.

O sistema jurídico brasileiro sempre foi filiado ao sistema da *Civil Law*, o que é facilmente reconhecido de uma simples leitura do artigo 5º, II, da Constituição Federal de 1988, que prediz que “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Frise-se, entretanto, que isto não significa que nosso sistema seja puramente legalista, uma vez que a escolha da lei como parâmetro de apreciação do Direito convive em harmonia com um robusto arcabouço principiológico, previsto tanto em leis como na Carta Magna de 1988.

É certo que o Brasil, desde o início da década de 70, após enfrentar momentos de crises e rupturas de regimes políticos, passou por uma evolução social acelerada e

¹⁰ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 50.

significativa, tendo havido, principalmente pós Constituição Federal de 1988, um aumento da conscientização da população acerca de seus direitos.

Diante dessa transformação, de aumento e diversidade das relações sociais brasileiras, conjuntamente com a evolução e ampliação dos direitos e garantias dos cidadãos, o Poder Judiciário tornou-se um importantíssimo instrumento para a efetivação das garantias fundamentais consagradas pela Carta Magna.

Todavia, com o passar dos anos e o aumento progressivo de litígios em nossa sociedade e conseqüentemente, de demandas judiciais, o Código de Processo Civil de 1973 passou a não ter condições de oferecer a agilidade processual exigida, de forma a garantir a efetividade da prestação jurisdicional ao mesmo tempo em que se garantia uma razoável duração do processo.

A litigância desenfreada, potencializada pelo crescente número de advogados no país, bem como pelo aumento do acesso às informações e à própria justiça, apresentou ao Brasil um cenário de judiciário “congestionado”, o que o tornou conseqüentemente moroso. Não por outra razão surgiram, e continuam a surgir, métodos de soluções de litígios extrajudiciais alternativos, numa tentativa de “desjudicialização” das demandas.

É sob este cenário que o princípio da razoável duração do processo adentrou a esfera constitucional brasileira através da emenda n.º 45/2004, garantindo que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem celeridade de sua tramitação”.

Entretanto, uma das conseqüências talvez mais desastrosas advindas do número excessivo de demandas ajuizadas foi a constatação de decisões divergentes acerca da mesma matéria, afrontando a tão almejada segurança jurídica. Não raro, vê-se a prolação, pelos órgãos jurisdicionados, de decisões que, com os mesmos pressupostos fáticos, apresentem soluções diversas, em afronta, até mesmo, à decisão de órgão hierarquicamente superior.

Assim, não obstante o sistema brasileiro, conforme anteriormente ponderado, seja considerado predominantemente *Civil Law*, o anseio por soluções semelhantes em litígios parecidos impôs a necessidade de que o modelo processual civil e o próprio sistema judicial fossem repensados.¹¹

Em razão das constantes modificações sociais (culturais, políticas, econômicas etc.), bem como frente à impossibilidade do legislador prever solução para todas as situações

¹¹ FONTE MONNERAT, Fábio Victor da. O precedente qualificado no processo civil brasileiro: formação, eficácia vinculante e impactos procedimentais. **Publicações da Escola da AGU**, v. 8, n. 1, 2016. p. 144.

concretas e futuras, não se mostrou mais possível conceber um Estado baseado exclusivamente no que a lei e os princípios dispunham, havendo a implantação paulatina no direito pátrio de medidas típicas do sistema jurídico do *Common Law*.

Nesse sentido, tem-se notado, nos últimos anos, que apesar das significantes diferenças entre os sistemas *Civil Law* e *Common Law*, os países adeptos do sistema jurídico romano-germânico têm, em algumas situações, adotado precedentes judiciais de eficácia vinculante,¹² possibilitando, cada vez mais, que o direito seja desenvolvido por juízes, com espaço para um método indutivo, e não apenas dedutivo.

É verdade também que nota-se que países adeptos do sistema jurídico anglo-saxão têm adotado textos codificados, até por questões de ordem prática e escolar.¹³ Desse modo, há um movimento migratório para um meio termo, no qual países de cultura anglo-saxônica cada vez mais legislam por intermédio da lei e, em contrapartida, os países de tradição germano-românica estabelecem a força obrigatória dos precedentes judiciais, até porque a experiência tem demonstrado que não raro a jurisprudência se antecipa à própria norma positiva.

Fábio Victor da Fonte Monnerat,¹⁴ citando Mancuso, destaca que a uniformização da jurisprudência no sistema jurídico da *Civil Law*

a) opera como uma segura diretriz para o Poder Judiciário, funcionando como um importante subsídio para a subsunção dos fatos ao Direito, na medida em que sinaliza a interpretação predominante em casos análogos; b) contribui para consecução de uma ordem jurídica justa, ou isonômica, por modo que casos semelhantes possam receber respostas qualitativamente uniformes; c) complementar a formação da convicção do magistrado, atuando como fator de atualização do Direito Positivo e como elemento moderador entre o fato e a fria letra da lei.

O que nos interessa para fins deste trabalho, no entanto, é a recente aproximação do sistema jurídico brasileiro com o sistema da *Common Law*, eis que as últimas reformas processuais, em especial o CPC de 2015, optaram por instituir mecanismos capazes de vincular uma demanda a uma determinada decisão, possibilitando conferir força vinculante aos precedentes judiciais, determinando-se que litígios que versem sobre a mesma matéria sejam julgados, obrigatoriamente, no mesmo sentido.

Para Fábio Victor da Fonte Monnerat,

¹² CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 52.

¹³ Idem.

¹⁴ MANCUSO apud MONNERAT. Divergência jurisprudencial e súmula vinculante. In: O precedente qualificado no processo civil brasileiro: formação, eficácia vinculante e impactos procedimentais. **Publicações da Escola da AGU**, v. 8, n. 1, 2016. p. 57-58.

O novo código parte da premissa que a uniformização jurisprudencial possibilita vários benefícios à sociedade, pois, ao mesmo tempo, prestigia o princípio da isonomia, gera segurança jurídica (no sentido de previsibilidade), e além disso, autoriza legitimamente a aceleração da prestação jurisdicional, em casos semelhantes, gerando maior efetividade processual.¹⁵

A justificativa, portanto, para a adoção da força obrigatória dos precedentes no sistema jurídico brasileiro se fundou na necessidade de garantir aos jurisdicionados igualdade, coerência, isonomia, segurança jurídica e previsibilidade nas decisões judiciais, ao mesmo tempo em que o processo se desenvolve em um tempo razoável de duração.

É certo que o sistema jurídico brasileiro assimila a teoria da força obrigatória dos precedentes (*Stare Decisis*) já desde o Código de Processo Civil de 1973, que compelia os juízes inferiores a aplicar os julgamentos de tribunais superiores, principalmente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, através, por exemplo, das chamadas súmulas vinculantes, do julgamento em controle abstrato de constitucionalidade e do julgamento de recursos repetitivos.

No novo Código, porém, a vinculação dos precedentes se tornou ainda mais expressiva, tendo sido consignado em seu artigo 926 que “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Sobre o assunto, interessante é a observação de Alexandre Freire, quem pondera ser apropriado o fato de não ter o legislador considerado coerência e integridade como sinônimos, eis que uma jurisprudência íntegra não é o mesmo que uma jurisprudência coerente.

Freire destaca que a coerência, se entendida em sentido estrito, pode exigir a continuidade de um erro, podendo vir a ser negativa e, às vezes, até perversa. Já a integridade, é mais “dinâmica”, no sentido de exigir que os juízes continuem reinterpretando suas decisões passadas. Nas palavras de Freire,

[...] a integridade não se opõe à coerência, antes a corrige, quando for ela negativa. Ou seja, quando a coerência instruir os juízes a aplicarem precedentes anteriores injustos e incompatíveis com os aspectos concretos situacionais do caso presente, deve eles abandoná-la em favor da integridade.¹⁶

E, de fato, é justamente o dever de seguir a integridade que impõe aos juízes que, quando se deparem com um precedente injusto ou incompatível com a realidade social, e verifiquem uma tendência de que a Corte que o firmou irá revogá-lo em breve, deixem de

¹⁵ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. O precedente qualificado no processo civil brasileiro: formação, eficácia vinculante e impactos procedimentais. **Publicações da Escola da AGU**, v. 8, n. 1, 2016. p. 138.

¹⁶ FREIRE, Alexandre. Precedentes judiciais: Conceito, categorias e funcionalidade. **Panorama atual do novo CPC 2**. Coord.: Paulo Henrique dos Santos Lucon e Pedro Miranda de Oliveira. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 37-38.

aplicá-lo a um caso específico, realizando o chamado *Anticipatory Overruling*, instituto que será melhor estudado no tópico 2.3 deste trabalho.

Por esta razão também – mudanças sociais, cada vez mais dinâmicas – é que a teoria da *Stare Decisis* vem sofrendo alterações nos últimos anos, em especial na elaboração de mecanismos destinados a revogar precedentes que seriam obrigatoriamente vinculantes, com a finalidade de adequá-los aos novos elementos da realidade.¹⁷

Referidos mecanismos surgem com a finalidade última de realizar a justiça em casos em que, por exemplo, ao reanalisar o precedente, a Corte entenda que seu julgamento se deu erroneamente, devendo haver uma suplantação do direito da parte; ou, quando as alterações de instituições sociais indiquem a necessidade do reexame dos fatos sob uma nova ótica.¹⁸

Nas palavras de Marcelo Pereira de Almeida:

No intuito de viabilizar essa adequação do direito à realidade, Estados Unidos e Inglaterra desenvolveram, ao longo do tempo, critérios para a revogação de precedentes, com o objetivo de afastar a força obrigatória daqueles que não mais servirão ao seu propósito inicial de conferir segurança jurídica aos cidadãos e coerência ao ordenamento jurídico, de acordo com a incidência do *Stare decisis*.¹⁹

Assim, embora a uniformização da jurisprudência seja altamente desejada na atualidade, esta não pode ser “engessada”, a ponto de causar a “fossilização” dos textos normativos, eternizando-os em completo descompasso com as mutações sociais reveladas pela consideração de eventos similares, mas sujeitos a injunções sociais diversas”.²⁰

Dentro desta perspectiva, o presente trabalho apresentará, inicialmente, os conceitos das principais técnicas para superação e distinção de um precedente no caso concreto (*Distinguishing*, *Overruling* e *Anticipatory Overruling*), que podem e devem ser aplicadas no direito pátrio, analisando as mudanças estabelecidas pelo novo Código de Processo Civil, detendo-se, principalmente, na aplicação de referidas técnicas para casos que envolvam precedentes firmados em sede de recursos repetitivos, especiais e extraordinários.

É de se lembrar, ligeiramente, que as demandas repetitivas podem ser conceituadas como aquelas em que se discutem questões controvertidas acerca exclusivamente de direito e não de

¹⁷ PORTES, Máira. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de common law. **Processos Coletivos**, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011. p. 1. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/doutrina/24-volume-2-numero-2-trimestre-01-4-2011-a-30-06-2011/117-instrumentos-para-revogacao-de-precedentes-no-sistema-de-common-law>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

¹⁸ Idem.

¹⁹ ALMEIDA, Marcelo Pereira de. **Precedentes judiciais**: análise crítica dos métodos empregados no Brasil para solução de demandas de massa. São Paulo: Juruá Editora, 2014. p. 144-155.

²⁰ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência**: segurança jurídica e dever de uniformizar. São Paulo. Atlas, 2003. p. 32.

fatos, mas que, por disciplinarem relações jurídicas massificadas “atingem individualmente um grande grupo de jurisdicionados (contribuintes de determinado tributo, consumidores de certos serviços, aposentados, etc.)”.²¹

Nas palavras de Paulo Henrique dos Santos Lucon, os recursos repetitivos consagram “o prestígio que se deve conferir às decisões das cortes superiores, na exata medida em que evita a variação de teses jurídicas a serem aplicadas a casos de fundo idêntico e se justifica pelo quadrinômio da igualdade, segurança, economia e respeitabilidade”.²²

Desde logo, cumpre alertar que, em razão do abarrotamento das Cortes Superiores, antes mesmo de entrar em vigor o Código de Processo Civil de 2015, conseguiu-se, por medida de políticas judiciais,²³ a alteração através da Lei nº 13.256, de 2016, de diversos de seus dispositivos.

Dentre eles estava a regra do art. 1.030, I, “b”, que originalmente determinava a remessa do recurso excepcional às Cortes Superiores independentemente de juízo de admissibilidade; e a do artigo 988, IV, que originalmente determinava que caberia, desde logo, reclamação para garantir a observância de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos.

Todavia, com as mudanças introduzidas, o art. 1.030, I, “b”, passou a determinar que o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido deve negar seguimento a recurso excepcional interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do STF ou do STJ, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos.

Já no art. 988 foi acrescentado o p. 5, inciso II, que passou a prever que é inadmissível a reclamação proposta para garantir a observância “(...) de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias”.

No que se refere exclusivamente à Reclamação, é de se ponderar que após alteração acima mencionada passou-se a dar tratamento evidentemente diferenciado para os casos repetitivos, eis que a propositura de Reclamatória continuou sendo cabível de forma plena e imediata para garantir a observância de tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), conforme art. 988, IV, enquanto que para garantir a observância de

²¹ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. O precedente qualificado no processo civil brasileiro: formação, eficácia vinculante e impactos procedimentais. **Publicações da Escola da AGU**, v. 8, n. 1, 2016. p. 23.

²² LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Recursos extraordinário e especial repetitivos: Antecedentes e novidades no CPC/2015. In: **Panorama atual do novo CPC 2**. Coord.: Paulo Henrique dos Santos Lucon. Pedro Miranda de Oliveira. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 245.

²³ Idem.

entendimento extraído do julgamento de recursos excepcionais repetitivos passou-se a exigir o esgotamento das instâncias ordinárias (art. 988, p. 5, II).

É inegável que a dinâmica trazida por referidos dispositivos foi justamente dificultar o acesso dos jurisdicionados às Cortes Superiores, numa tentativa de amenizar o congestionamento do poder judiciário, anteriormente destacado, eis que, além de impossibilitar o “seguimento” de recursos excepcionais às Cortes de vértice, quando o acórdão recorrido tratar de questão pacificada em REsp e RE repetitivo, passou-se a exigir, também, o esgotamento das esferas recursais para interposição de Reclamação para garantir a observância de referidas teses.

Acontece que, conforme se verá adiante, de acordo com a teoria do *Common Law* os precedentes firmados só podem ser superados pela própria corte que os estabeleceu, ou por corte imediatamente a ela superior.

Assim, à primeira vista, o artigo 1.030, I, “b” do CPC impediria que os recursos excepcionais que pretendessem a reforma de acórdão em conformidade com tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos subissem às Cortes Superiores por iniciativa dos jurisdicionados.

Tendo em vista que o artigo 1.030, p. 2, determina que da decisão que nega seguimento a RE e REsp com fundamento no art. 1.030, I, “b”, caberá apenas gravo interno, nos termos do art. 1.021, bem como a impossibilidade de se manter o direito desatualizado, anteriormente destacada, instaurou-se, no âmbito jurídico, um impasse sobre qual seria o método de impugnação mais adequado para recorrer de referida decisão, em especial quando houvesse alegação de superação de precedente.

O presente trabalho objetiva, assim, analisar quais são os recursos cabíveis contra referidas decisões, analisando casos em que o tribunal recorrido negue seguimento a recursos excepcionais que contenham alegação de *Distinguishing* e *Overruling*, referente a precedentes firmados em sede de casos repetitivos. Levar-se-á, para tanto, em consideração a existência da regra na teoria do *Stare Decisis* de que só pode haver superação pela corte que firmou o entendimento ou uma corte imediatamente superior aquela, as regras contidas nos artigos anteriormente citados e as principais soluções apresentadas pela doutrina e jurisprudência no que se refere ao tema.

Portanto, pretende-se estudar e identificar o porquê da inserção das regras previstas nos artigos 1.030, I, “b” e 988, p. 5, II do CPC, buscando a compreensão de seus institutos e suas estruturas, analisando de forma sistemática e crítica o papel e a influência de cada um no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, objetiva-se analisar a natureza jurídica da decisão

proferida pelo tribunal recorrido com fundamento no artigo 1.030, I, “b”, bem como a do colegiado com fundamento no artigo 1.021, investigando suas consequências práticas para o tema em análise.

Outrossim, pretende-se analisar a possibilidade e vantagens da realização do chamado *Anticipatory Overruling*, situação em que os juízos *a quo* podem, analisando o caso concreto, deixar de aplicar precedentes desde logo, especialmente quando a tese do autor se fundamenta justamente na superação de entendimento firmado em recurso excepcional repetitivo. Analisar-se-á como esta forma de “superação” antecipada de precedentes pode evitar que os jurisdicionados precisem provocar as Cortes Superiores sobre a superação de um precedente firmado em sede de repetitivo, bem como que tenham que esperar e percorrer todos os degraus da justiça para alcançar o bem jurídico, analisando as consequências deste tipo de superação no que concerne ao princípio constitucional da segurança jurídica, como também, e principalmente, o da celeridade processual e do julgamento de demandas num prazo razoável.

Por fim, cumpre mencionar que as posições jurisprudenciais e doutrinárias serão constantemente analisadas sob o aspecto constitucional, relacionadas aos principais princípios atinentes ao tema, como o da segurança jurídica, expectativas dos jurisdicionados, celeridade processual e independência do juiz.

O presente trabalho foi realizado eminentemente através de revisão bibliográfica acerca da força dos precedentes jurisprudenciais, levantando-se os diferentes posicionamentos doutrinários, juntamente com uma análise da legislação nacional e jurisprudencial sobre o tema.

Dividiu-se o presente estudo em capítulos. Este primeiro realiza uma breve introdução sobre o tema. O segundo tratará sobre o *Distinguishing* (2.1), técnica de distinção dos precedentes, *Overruling* (2.2), técnica de superação dos precedentes e *Anticipatory Overruling* (2.3), técnica de superação antecipada do precedente, respectivamente, analisando-se suas definições, importâncias e competência, realizando uma análise de sua previsão no direito processual pátrio. O terceiro analisará a recorribilidade das decisões que julgam improcedentes pleitos de *Overruling* (3.1) e *Distinguishing* (3.2) relativos às teses firmadas em recursos excepcionais repetitivos, realizando a interpretação dos artigos 988 e 1.030 do CPC, pontuando as principais soluções doutrinárias e o entendimento jurisprudencial atual sobre o tema, analisando-se, ainda, a natureza jurídica da decisão do tribunal recorrido que venha a negar seguimento a REsp e RE com fundamento no art. 1.030, I, “b” (3.3). O quarto capítulo analisará o *Anticipatory Overruling* em teses que tenham como fundamento a superação de um precedente desde o início e a possibilidade do cabimento de Reclamação

sem a necessidade de esperar o esgotamento das instâncias inferiores, ponderando a expectativa dos jurisdicionados, o princípio da celeridade, numa perspectiva do abarrotamento do judiciário, bem como a necessidade de segurança jurídica. Por fim, o quinto capítulo trará conclusões sobre o tema.

2. TÉCNICAS DE SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES

2.1 *DISTINGUISHING*

Antes de adentrar ao tema específico do *Distinguishing*, importa destacar que a doutrina do *Stare Decisis*, exposta no capítulo introdutório deste trabalho, denomina a tese jurídica extraída do precedente, que terá o condão de produzir eficácia vinculante e, conseqüentemente, obrigar sua aplicação aos casos posteriores com características semelhantes, de *Ratio Decidendi*.²⁴

Em outras palavras, a razão de decidir é a tese jurídica, consubstanciada na interpretação dada a certa norma consagrada em uma decisão judicial. Nesse sentido, é a regra do direito, ou seja, o valor intrínseco do precedente judicial, e não seus aspectos fáticos irrelevantes e fundamentos periféricos (chamados pela doutrina do *Stare Decisis* de *Obiter Dictum*), que vinculará o caso futuro.

Nas palavras de Osmar Mendes,

A verdadeira decisão tomada pelo tribunal (...) é chamada de ratio decidendi (ou razão de decidir), e é vinculativa, devendo ser respeitada. Por outro lado a doutrina e a Jurisprudência da common law falam também em obiter dictum, o que integra as decisões de forma indispensável, mas não vinculam para os casos subsequentes.²⁵

Ao realizar um julgamento o magistrado, após identificar a razão de decidir de um precedente, ou seja, a tese jurídica ou a interpretação de certa norma nele consagrada,²⁶ deverá compará-la com o caso concreto, analisando e confrontando as circunstâncias fáticas de ambos.

É de se destacar que, ainda que a *Ratio Decidendi* exprima matéria de direito, deve-se pensá-la sempre como “faticidade”, pois se mostra inimaginável destacá-la da situação concreta que lhe deu origem.²⁷

²⁴ ALMEIDA, Marcelo Pereira de. **Precedentes judiciais: análise crítica dos métodos empregados no Brasil para solução de demandas de massa**. São Paulo: Juruá Editora, 2014. p. 144-155.

²⁵ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 115.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5 Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 162.

²⁷ GRILLO, Marcela Fontenelle. Aplicação prática do precedente judicial: ratio decidendi, obiter dictum, distinguishing e overruling. **Jus**, 01 jul. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41364/aplicacao-pratica-do-precedente-judicial-ratio-decidendi-obiter-dictum-distinguishing-e-overruling>>. Acesso em: 20 out. 2018.

Se as circunstâncias do caso em análise estiverem em conformidade com o núcleo jurídico do precedente, inexistindo diferenças fáticas substanciais, portanto, este deverá ser aplicado; caso contrário, afastado.

Esta técnica utilizada principalmente por magistrados, para distinguir um caso concreto em relação a um precedente, afastando sua aplicação,²⁸ é chamada pela doutrina do *Stare Decisis* de *Distinguishing*.²⁹

Dentro do sistema jurídico da *Common Law*, portanto, entende-se por *Distinguishing* a não aplicação, por um órgão judicial, de um precedente a um caso específico, por considerá-lo distinto o bastante, de modo que sua aplicação acabaria por gerar injustiça ao caso concreto.³⁰

Veja-se que a identificação da essência da teoria do precedente judicial exige uma atividade intelectual do julgador através da reconstrução fática do caso originário do precedente e do caso concreto, permitindo, assim, que a *Ratio Decidendi* seja corretamente aplicada.³¹

É de se observar que a técnica do *Distinguishing* mantém a regra estabelecida em um precedente hígida e válida. Ou seja, não há sua revogação, embora o sentido do precedente possa se tornar menos abrangente.

Neste sentido, Bustamante destaca duas modalidades de *Distinguishing*.

A primeira situação ocorre quando os fatos em análise não podem ser inseridos na regra jurídica do precedente desde o início. Ou seja, neste caso não haverá exceção à hipótese de incidência do precedente, pois a situação jamais foi amparada pela razão de decidir do caso paradigma.³²

Já a segunda é chamada pelo autor de redução teleológica, na qual se verifica uma situação excepcional anteriormente não reconhecida – embora se conclua que o fato concreto possa ser inserido na moldura do precedente judicial. Há, neste caso, uma diminuição das situações compreendidas pela decisão paradigma, afastando-se a regra ampla e aplicando a

²⁸ ALMEIDA, Marcelo Pereira de. **Precedentes judiciais: análise crítica dos métodos empregados no Brasil para solução de demandas de massa**. São Paulo: Juruá Editora, 2014. p. 144-155.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5 Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 163.

³⁰ FREIRE, Alexandre. Precedentes judiciais: Conceito, categorias e funcionalidade. In: **Panorama atual do novo CPC 2**. Coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon e Pedro Miranda de Oliveira. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

³¹ ALMEIDA, Marcelo Pereira de. **Precedentes judiciais: análise crítica dos métodos empregados no Brasil para solução de demandas de massa**. Juruá Editora, 2014. p. 144-155.

³² GRILLO, Marcela Fontenelle. Aplicação prática do precedente judicial: ratio decidendi, obiter dictum, distinguishing e overruling. **Jus**, 01 jul. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41364/aplicacao-pratica-do-precedente-judicial-ratio-decidendi-obiter-dictum-distinguishing-e-overruling>>. Acesso em: 20 out. 2018.

técnica de redução de significado da norma, pois se aplicada ao caso concreto, a decisão tornar-se-ia injusta.³³ Nessa perspectiva, o magistrado, ao realizar o *Distinguishing* deverá pontuar que o precedente seria plenamente aplicável ao caso concreto, caso não se houvesse verificado peculiaridades fático-jurídicas que não estavam presentes na *Ratio Decidendi* daquele.³⁴

Em razão dessa redução das situações abrangidas pelo precedente, que deve ser feita pelo julgador para garantir a equidade, parte da doutrina considera o *Distinguishing* como uma “superação parcial” dos precedentes, tendo em vista que haveria uma reformulação da *Ratio Decidendi*, com sua “adaptação” ao caso concreto.

Neil Duxbury, por exemplo, compreende a distinção como uma espécie de poder legislativo limitado que o Judiciário possui de modificar a *Ratio Decidendi* de um precedente e decidir o caso concreto da melhor forma que lhe convém.³⁵

Apenas por essa razão, optou-se nesse trabalho por inserir o subtópico do *Distinguishing* dentro do tópico das técnicas de superação, muito embora se reconheça que com a revogação total do precedente a técnica ora em análise não se confunda.

Sabe-se que uma das maiores dificuldades envolvendo a aplicação e, principalmente, a distinção de precedentes, é justamente a definição da *Ratio Decidendi*, com a identificação “do que deve ser considerado necessário ou contingente na verificação da semelhança entre os casos”.³⁶

Para Rupert Cross, “A separação do argumento principal (ratio) dos argumentos periféricos (dicta) constitui questão de relativa complexidade, uma vez que é intrínseca à subjetividade do juiz, não importando em qual posição diante da aplicação do precedente este se encontre”.³⁷

³³ GRILLO, Marcela Fontenelle. Aplicação prática do precedente judicial: ratio decidendi, obiter dictum, distinguishing e overruling. **Jus**, 01 jul. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41364/aplicacao-pratica-do-precedente-judicial-ratio-decidendi-obiter-dictum-distinguishing-e-overruling>>. Acesso em: 20 out. 2018.

³⁴ FENSTERSEIFER, Wagner Arnold. Distinguishing e overruling quando applying art. 489, § 1.º, section VI, of the 2015 CPC. In: **Revista de Processo**, 2017. p. 03.

³⁵ PORTES, Máira. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de common law. **Processos Coletivos**, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/doutrina/24-volume-2-numero-2-trimestre-01-4-2011-a-30-06-2011/117-instrumentos-para-revogacao-de-precedentes-no-sistema-de-common-law>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

³⁶ FENSTERSEIFER, Wagner Arnold. Distinguishing and overruling when applying art. 489, § 1.º, section VI, of the 2015 CPC. In: **Revista de Processo**, 2017. p. 03-03.

³⁷ PORTES, Máira. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de common law. **Processos Coletivos**, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011. p. 4. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/doutrina/24-volume-2-numero-2-trimestre-01-4-2011-a-30-06-2011/117-instrumentos-para-revogacao-de-precedentes-no-sistema-de-common-law>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

Embora existam métodos, como a Teoria de Wambaugh e o Método Goodhart, que auxiliam os julgadores a identificar a *Ratio Decidendi* de um precedente, optou-se por não se aprofundar neste assunto, pois se correria o risco de se desviar do escopo central deste trabalho.

Reconhece-se, contudo, que, para a correta realização do *Distinguishing*, mostra-se imprescindível a identificação de quais foram os fundamentos mais relevantes do precedente (*Ratio Decidendi*), restando evidente a grande importância que o relatório e os fundamentos de uma decisão têm para o sistema do *Stare Decisis*.

Nesse sentido, as circunstâncias fáticas que deram origem a *Ratio Decidendi* devem estar claras e bem fundamentas no corpo da decisão, sob pena de inviabilizar a correta realização da distinção, pois

[...] ausente a delimitação correta da ratio, não há como confrontá-la com a proposição do caso atual; o registro insuficiente ou errado das circunstâncias fáticas acarreta na confrontação errônea com as circunstâncias fáticas do caso atual; e a fundamentação deficiente, ambígua ou inexistente pode acarretar na revogação total do precedente (ou na sua manutenção), restando impossibilitado o *distinguishing*.³⁸

No Código de Processo Civil brasileiro a possibilidade de que os magistrados realizem o *Distinguishing* está expressamente prevista no artigo 489, p. 1, VI, que determina que não se considerará fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Referido dispositivo evidencia a necessidade de que os magistrados fundamentem e demonstrem de forma clara o porquê determinado caso difere-se do precedente, expondo devidamente as distinções verificadas. Esta exigência permite um maior controle da discricionariedade e arbítrio do julgador, bem como garante que possa haver o pleno exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa por parte dos jurisdicionados.

Por fim, cumpre lembrar que para que o juiz possa concluir pela inaplicabilidade de determinado precedente, deverá demonstrar que as distinções existentes são fáticas materiais, ou seja, relativas à *Ratio Decidendi* do precedente, e não apenas distinções não fundamentais e irrelevantes entre os casos (*Obter Dictum*).

³⁸ PORTES, Maíra. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de common law. **Processos Coletivos**, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011. p. 4. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/doutrina/24-volume-2-numero-2-trimestre-01-4-2011-a-30-06-2011/117-instrumentos-para-revogacao-de-precedentes-no-sistema-de-common-law>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

2.2 OVERRULING

O *Overruling* consiste na técnica de superação total de um precedente, e se dá quando, após certo período de tempo, percebe-se que determinado entendimento é ultrapassado socialmente ou encontra-se equivocado de alguma maneira, sendo aconselhável o acolhimento de uma nova tese jurídica.³⁹

Em outras palavras, pode-se dizer que haverá a revogação de um precedente – *Overruling* – quando a *Ratio Decidendi*, que, conforme já dito, é a essência de uma tese jurídica suficiente para decidir um determinado caso concreto,⁴⁰ não for correta, ou quando, por mudanças sociais, aquele entendimento já não se mostrar adequado.⁴¹

A revogação de um precedente pode ser expressa ou implícita, sendo que esta última ocorre quando do julgamento for possível depreender a superação, sem que conste expressamente dos seus termos.⁴²

De acordo com o tradicional sistema da *Common Law*, a competência para superação do precedente é apenas da corte que foi responsável pela formação do precedente ou de corte hierarquicamente superior.

Isso porque a superação faz com que um precedente perca sua eficácia normativa, devendo sua *Ratio Decidendi* ser substituída por uma nova tese, com a fixação de um novo entendimento vinculante, que, obviamente, só poderá ser firmado pela corte que foi responsável por sua formação e consequente revogação, ou a hierarquicamente superior a ela.⁴³

Nas palavras de Ravi Peixoto,⁴⁴

Quando um precedente é formado, além de sua imposição com relação ao direito material, opera-se a criação de uma regra processual, no sentido de que aquela

³⁹TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 179.

⁴⁰Ibidem, p. 175.

⁴¹OLIVEIRA, Pedro Miranda de; ANDERLE, Rene José. O sistema de precedentes no CPC projetado: engessamento do direito. São Paulo: **Revista de Processo**, 2014. p. 238.

⁴²PORTES, Maíra. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de common law. **Processos Coletivos**, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/doutrina/24-volume-2-numero-2-trimestre-01-4-2011-a-30-06-2011/117-instrumentos-para-revogacao-de-precedentes-no-sistema-de-common-law>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

⁴³LIPIANI, Julia. Como promover a superação dos precedentes formados nos julgamentos de recursos repetitivos por meio dos recursos especial e extraordinário? In: **Recursos no CPC/2015**. Perspectiva, críticas e desafios. Coord.: Beatriz Magalhães Galindo e Marcela Kohlcah. Salvador: ed. Juspodivum, 2017. p. 152.

⁴⁴PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm. 2015, p. 546.

decisão detém a eficácia concedida pelo ordenamento jurídico e que somente a corte competente para fixar aquele entendimento ou a corte que lhe é superior poderá alterá-lo.

Para Daniel Mitidiero, uma corte de justiça que deixar de aplicar um precedente formulado por uma Corte Superior estará desobedecendo à determinada interpretação da legislação pacificada, eis que a possibilidade de divergência é restrita a cortes de mesmo grau de hierarquia⁴⁵. Nesse sentido, o que efetivamente conta para justificar o dever de seguir os precedentes é a própria autoridade destes, sendo irrelevante o acerto ou não do conteúdo da decisão.⁴⁶

Em sentido parecido é o entendimento de Julia Lipiani, para quem a não aplicação pelo tribunal inferior do precedente será caracterizada, no máximo, como *Anticipatory Overruling*,⁴⁷ instituto que será melhor analisado adiante.

No Código de Processo Civil brasileiro a possibilidade de superação de precedentes está positivada no parágrafo quarto do artigo 927, que determina que

A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Ou seja, para a superação dos precedentes se faz necessário uma fundamentação adequada e específica, sendo facultado, ainda, nos termos do parágrafo segundo do artigo supracitado, à corte interessada na superação do precedente organizar audiências públicas e convocar para o debate “pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para rediscussão da tese”.

De uma lida apressada poder-se-ia pensar que a ideia de superar um precedente é incompatível com a lógica do efeito vinculante e obrigatório das decisões, apresentada no capítulo introdutório deste trabalho.

Contudo, é certo que tão importante quanto a estabilidade das decisões é a necessidade de que o direito esteja em constante evolução, acompanhando os avanços da sociedade em termos de contextos políticos, econômicos, ético, cultural e social.⁴⁸

⁴⁵MITIDIERO, Daniel Francisco. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2016. p. 79.

⁴⁶Ibidem, p. 80.

⁴⁷LIPIANI, Julia. Como promover a superação dos precedentes formados nos julgamentos de recursos repetitivos por meio dos recursos especial e extraordinário? In: **Recursos no CPC/2015. Perspectiva, críticas e desafios**. Coord.: Beatriz Magalhães Galindo e Marcela Kohlcah. Salvador: ed. Juspodivum, 2017. p. 153.

⁴⁸ Ibidem, p. 148.

Nesse sentido, a impossibilidade da realização do *Overruling* impediria o próprio desenvolvimento do direito, seja pela evolução da sociedade, seja pela elaboração de novos raciocínios jurídicos. Nas palavras de Barbosa Moreira:⁴⁹

A fixação de uma tese jurídica reflete entendimento necessariamente condicionado por diversas circunstâncias. Mutável que é a realidade social, compreende-se que mude também, com o correr do tempo, o entendimento das normas de direito, ainda quando permaneça invariável o respectivo teor literal. Nada mais natural, assim, que a evolução da jurisprudência, através da constante revisão das teses jurídicas fixadas.

Portanto, a faculdade de fixar um precedente deve envolver também a de revisá-lo, melhorá-lo, sempre sobre certos limites,⁵⁰ para que, quando estiver em desacordo com uma nova realidade social ou equivocado de alguma maneira, haja sua revogação com a substituição por uma nova tese jurídica, que passará a ser aplicada com eficácia normativa vinculante a casos semelhantes, oportunizando a evolução do direito.

Para José Marcelo Menezes Vigliar, em que pese a estabilidade do direito deva ser levada em consideração, sempre deve existir a flexibilidade como uma “efetiva possibilidade”. Nas palavras do autor:

A aceitação da tese, na forma proposta, não proporciona, como se poderia imaginar de forma apressada, a pregação de um engessamento do direito, que tem uma natureza dinâmica e que não pode petrificar-se diante de uma interpretação consumada. A alteração dos valores sociais deve levar a uma revisão do entendimento jurisprudencial que, uma vez alterado, deve ser uniformizado novamente.⁵¹

Conforme explica Marinoni, é imperiosa a observação de critérios básicos para a realização do *Overruling*, como a necessidade de verificar a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica, que deverão sempre ser confrontados com valores como o da isonomia, confiança justificada e vedação da surpresa injusta.⁵² A existência dos referidos limites são de suma importância para que a superação de um precedente ocorra de forma controlada⁵³ e dentro a lógica do próprio sistema do *Stare Decisis*.

⁴⁹MOREIRA apud LIPIANI. Como promover a superação dos precedentes formados nos julgamentos de recursos repetitivos por meio dos recursos especial e extraordinário? In: **Recursos no CPC/2015. Perspectiva, críticas e desafios**. Coord.: Beatriz Magalhães Galindo e Marcela Kohlcah – Salvador: ed. Juspodivum, 2017. p. 148.

⁵⁰BUSTAMANTE, Thomas. **Teoria do Precedente Judicial**. São Paulo: Noeses. 2012. p. 395.

⁵¹VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformizar**. São Paulo. Atlas, 2003. p. 203 e 214.

⁵²MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5 Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 252 e 253.

⁵³LIPIANI, Julia. Como promover a superação dos precedentes formados nos julgamentos de recursos repetitivos por meio dos recursos especial e extraordinário? In: **Recursos no CPC/2015. Perspectiva, críticas e desafios**. Coord.: Beatriz Magalhães Galindo e Marcela Kohlcah – Salvador: ed. Juspodivum, 2017. p. 150.

Para Melvin Eisenberg um precedente estará em condições de ser revogado quando deixar de corresponder aos padrões de congruência social, ou seja, quando passar a negar (i) proposições morais, que determinam uma conduta como certa ou errada a partir do consenso geral da sociedade; (ii) proposições políticas, que caracterizam uma situação como boa ou má em face do bem-estar geral; e (iii) proposições de experiência, que dizem respeito a tendências de condutas seguidas por subgrupos sociais.⁵⁴

Do mesmo modo, o referido autor afirma que um precedente poderá ser revogado também quando deixar de corresponder aos padrões de consistência sistêmica, deixando de guardar coerência com exceções ou com outras decisões proferidas. Os precedentes que venham a apresentar alguns desses critérios são nominados por Eisenberg de *Jagged Doctrines*, ou seja, precedentes controversos.⁵⁵

Importa consignar que os critérios básicos de perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica não precisam ser concomitantes, podendo, por exemplo, haver a superação de um precedente em razão unicamente da verificação de incongruência com proposições morais da sociedade, sem que haja decisões em sentido diverso (inconsistência sistêmica).

Melvin Eisenberg sustenta, ainda, que não se pode alegar surpresa injusta quando se ajuíza uma ação baseada em precedentes controversos, já que se poderia prever que em algum momento o julgamento paradigma seria derrubado e substituído por outro mais consistente e socialmente coerente.⁵⁶

Ora, um precedente que não guarde coerência com a realidade social será, obviamente, um precedente controverso, sendo que a sua manutenção para preservar valores de estabilidade acabará, muito provavelmente, resultando em inconsistência de resultados em face de outras decisões,⁵⁷ o que não só autoriza como incentiva a revogação do precedente.

É certo que é difícil, senão impossível, haver genuína confiança justificada em um precedente que está envolto com valores socialmente incongruentes, e que seja inconsistente frente a demais decisões. Desse modo, a preservação de um precedente controverso apenas

⁵⁴EISENBERG apud MARINONI. In: **Precedentes obrigatórios**. 5 Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 252 e 253.

⁵⁵Ibidem, p. 254.

⁵⁶EISENBERG apud PORTES. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de common law. In: **Processos Coletivos**, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011. p. 06. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/doutrina/24-volume-2-numero-2-trimestre-01-4-2011-a-30-06-2011/117-instrumentos-para-revogacao-de-precedentes-no-sistema-de-common-law>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

⁵⁷MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5 Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 254.

em atenção aos valores de estabilidade, como a justa confiança e a prevenção contra a surpresa injusta, muito raramente se justificará, até porque, nas palavras de Marinoni, “Não há confiança robusta e juridicamente bem fundamentada quando um precedente está sujeito a exceções inconsistentes e a sua preservação é fonte para dúvidas substanciais”.⁵⁸

Nesse ponto, é de se destacar o importante papel da doutrina e dos advogados na formulação de críticas e emissão de posicionamentos acerca de precedentes controversos, que possam apontar a perda de congruência social e de consistência sistêmica. Isso porque a “um precedente que carregue uma tese (doctrine) constantemente questionada, contra a qual frequentemente se tenham argumentos contrários e consistentes não é capaz de satisfazer o princípio da proteção à confiança”.⁵⁹

Daniel Mitidiero sustenta a possibilidade de que os juízes e as Cortes de Justiça manifestem sua discordância através dos *Dissenting Opinions*, uma espécie de crítica ao precedente, sem, contudo, prejudicar a racionalidade do sistema. Nas palavras do autor, as referidas críticas funcionariam, inclusive, “como parâmetro para aferição do grau de aprovação do precedente e eventualmente como elemento capaz de indicar o desgaste e necessidade de sua superação”.⁶⁰

Há, ainda, a possibilidade de revogação de um precedente em razão de uma nova concepção geral do direito ou de algum erro ou equívoco no julgamento, que deverão ser evidenciados em trabalhos acadêmicos e doutrinários, bem como em outros casos proferidos pelos Tribunais. Quanto à verificação de erro no julgamento, este deve ser claro e evidenciar injustiça em caso de manutenção do precedente.⁶¹

Ante o exposto até aqui, é possível aferir que a técnica do *Overruling* não é incompatível com o sistema de precedentes vinculantes. Antes e pelo contrário, possibilita a evolução do direito, a ser realizada de forma racional e dentro de certos limites, evitando que sejam realizadas injustiças em razão da observância mecânica de precedentes em desacordo com a realidade social ou que estejam equivocados de alguma maneira.

⁵⁸MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5 Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 254.

⁵⁹PORTES, Maíra. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de common law. **Processos Coletivos**, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011. p. 05. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/doutrina/24-volume-2-numero-2-trimestre-01-4-2011-a-30-06-2011/117-instrumentos-para-revogacao-de-precedentes-no-sistema-de-common-law>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

⁶⁰MITIDIERO, Daniel Francisco. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2016. p. 81.

⁶¹MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5 Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 260.

2.3 ANTICIPATORY OVERRULING

O *Anticipatory Overruling* surgiu nos tribunais dos Estados Unidos da América e pode ser definido, em sua essência, como a revogação preventiva de um precedente pelas cortes inferiores, quando este não mais constituir “*Good Law*”.⁶²

É, portanto, uma atuação antecipada das Cortes de Apelação estadunidenses em superar um precedente que muito provavelmente será revogado pela Suprema Corte. Para Marinoni, contudo, o termo “revogação antecipada” é impróprio, sendo mais correto aduzir apenas a uma “não aplicação de precedente em vias de revogação pela Suprema Corte”.⁶³

De acordo com o referido autor, o desgaste de um precedente, em razão de decisões posteriores proferidas pela Suprema Corte com fundamentos incompatíveis com o do precedente, é um dos fundamentos possíveis de permitir que as Cortes de Apelação realizem o *Anticipatory Overruling*.⁶⁴

Outra hipótese que autoriza a realização do *Anticipatory Overruling* é quando existe uma tendência da Suprema Corte de que irá revogar o precedente. Isso ocorre quando a Corte, nas decisões subsequentes, não contradiz especificamente os fundamentos do precedente, mas indica uma tendência que caminha no sentido contrário à tese anteriormente firmada.⁶⁵

Ainda, fala-se em possibilidade de *Anticipatory Overruling* quando (i) há indicações de que a Suprema Corte está esperando um caso apropriado para realizar o *Overruling* propriamente dito; (ii) há inconsistência do precedente em relação às decisões anteriores proferida pela Suprema Corte, indicando possível erro na formação do precedente; (iii) há a percepção de que o precedente não surtiu efeitos práticos dele esperado e, por fim, (iv) há alteração na composição da Suprema Corte que possa ocasionar mudança de entendimentos.⁶⁶

É de se observar que os fundamentos que autorizam a realização do *Anticipatory Overruling* são diferentes daqueles que autorizam a realização do *Overruling* propriamente dito, quais sejam, a perda de congruência social e/ou o surgimento de inconsistência sistêmica.

⁶²TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 179.

⁶³MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5 Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 261.

⁶⁴Ibidem, p. 263.

⁶⁵Ibidem, p. 261.

⁶⁶Idem.

Exige-se, no *Anticipatory Overruling*, que a jurisprudência da Corte Suprema tenha dado sinais, ainda que implícitos, de que o entendimento referente a um respectivo precedente está se alterando. Faz-se necessário, portanto, indicações de que brevemente o precedente deverá ser revogado.

Desse modo, não basta que o entendimento firmado em sede de precedente não esteja em consonância com os padrões de proposições morais, políticas e de experiências da sociedade ou que não haja coerência do precedente com outras decisões de cortes inferiores. É preciso, além disso, haver sinalização por parte das Cortes Supremas que indique mudanças no entendimento.

No Código de Processo Civil brasileiro a possibilidade da realização do *Anticipatory Overruling* está prevista inciso I do parágrafo primeiro do art. 489, que determina que não se considerará fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Importante observar que o *Anticipatory Overruling* não pode significar poder ilimitado para que os juízos inferiores deixem de aplicar precedentes, eis que tal seria um afronta ao próprio sistema de decisões com força vinculante (*Stare Decisis*). Pelo contrário, nas palavras de Marinoni “(...) a legitimidade do anticipatory overruling advém do dever de a Corte de Apelação se comportar de acordo com a Suprema Corte”.⁶⁷

Isso quer dizer que os juízos inferiores apenas poderão realizar o *Anticipatory Overruling*, para não divergirem do entendimento já sinalizado pela corte que o firmou o precedente de que brevemente irá revogá-lo. Tal reflexão reforça ainda mais a ideia de que os fundamentos para realização do *Overruling* e do *Anticipatory Overruling* são substancialmente diversos, em que pese ambos estejam de acordo com as premissas basilares da teoria do *Stare Decisis*.

⁶⁷MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5 Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 265.

3. EXAME DOS ARTIGOS 988 E 1.030 DO CPC

3.1 A UTILIZAÇÃO DA RECLAMAÇÃO EM CASOS QUE ENVOLVAM ALEGAÇÕES DE DISTINÇÃO: INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA DO P. 4 E P. 5, II, AMBOS DO ART. 988 DO CPC

Primeiramente cumpre pontuar que contra decisão que deixe de aplicar precedente firmado em sede de repetitivo invocado pela parte, se mostra claro que será cabível Reclamação, com fundamento no artigo 988, p. 5, II do CPC, ou seja, para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, desde que esgotadas as instâncias ordinárias.

Sobre a fase em que, efetivamente, se concretiza o esgotamento das instâncias ordinárias exigido, é de se pontuar que, em que pese respeitável parte da doutrina sustente que é permitido às partes proporem Reclamação a partir do momento em que é possível a interposição dos recursos extraordinário e especial,⁶⁸ entendimento com o qual se consente, o STF vem sustentado que:

[...] O cabimento da reclamação proposta para garantir a autoridade de decisão proferida sob a sistemática da repercussão geral **está condicionado ao esgotamento da instância ordinária, consoante dispõe o inciso II do §5º do art. 988 do CPC/2015, o qual se concretiza após o julgamento de agravo interno** contra o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário pela Presidência da Corte de origem.⁶⁹

Desse modo, em face de acórdão do tribunal de justiça que julgar improcedente o pedido de distinção deverá ser interposto Recurso Extraordinário ou Recurso Especial, conforme o caso, com fundamentos nos artigos 102, III, “a” (se contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência) e 105, III, “a” (se contrariar dispositivo da Constituição Federal), respectivamente, ambos da CF. Posteriormente, caso o presidente ou o vice-presidente do Tribunal recorrido negar seguimento ao recurso excepcional que esteja em “(...) conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivo”, com

⁶⁸WAMBIER et al apud FERNANDES. Reclamação no STF e STJ requer exaurimento das instâncias ordinárias. **Conjur**, 16 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-16/reclamacao-stf-stj-requer-exaurimento-instancias-ordinarias#_ftn3>. Acesso em: 13 jul. 2018.

⁶⁹STJ: Reclamação n.º: 24259, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 18 jun. 2016. **STJ**, 22 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?processo=024259.NUM.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC1>>. Acesso em 12 jun. 2018. – Os grifos não estão no original.

fundamento no artigo 1.030, I, “b” do CPC, caberá agravo interno ao próprio tribunal previsto no art. 1.021 do CPC, conforme determina o parágrafo segundo do artigo 1.030.

Portanto, existindo alegação de distinção entre a tese firmada no precedente de recurso excepcional repetitivo e o caso concreto, a proposição de Reclamação com fundamento no art. 988, p. 5, II do CPC só será possível após o Tribunal recorrido negar seguimento ao recurso com fundamento na regra do art. 1.030, I, ‘b’ e, posteriormente, julgar improcedente o agravo interno interposto com base no parágrafo segundo do art. 1.030.

Veja-se que a atual redação dos incisos I ao IV do artigo 988 do CPC dispõe que as partes ou o Ministério Público poderão propor Reclamação com a finalidade de:

- I – preservar a competência do tribunal;
- II – garantir a autoridade das decisões do tribunal;
- III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

É de se lembrar, contudo, que quando promulgado o Código de Processo Civil de 2015, o inciso IV do artigo supracitado falava originalmente em “garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em **julgamento de casos repetitivos** ou em incidente de assunção de competência”.⁷⁰

Todavia, por política judiciária, conforme já pontuado, antes mesmo do novo CPC entrar em vigor, a Lei nº 13.256 de 2016 alterou o referido dispositivo para retirar-lhe a hipótese relativa aos precedentes proferidos em julgamento de casos repetitivos, acrescentando-a ao novo parágrafo quinto, inciso II, do artigo 988, que passou a prever que é inadmissível a reclamação

[...] proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de **acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias**.⁷¹

Ocorre que o parágrafo quarto do artigo 988 do CPC determina expressamente, desde a promulgação do CPC de 2015, que nos casos previstos nos incisos III e IV incluem-se também as hipóteses de “(...) aplicação indevida da tese jurídica e de sua não aplicação aos casos que a ela correspondam”.

⁷⁰ Os grifos não estão no original.

⁷¹ Os grifos não estão no original.

Em que pese a alteração legislativa realizada pela Lei nº 13.256 de 2016, que teve, como um de seus intentos principais embaraçar o acesso dos jurisdicionados às Cortes Superiores, exigindo o esgotamento das instâncias ordinárias para o cabimento da Reclamação em casos que envolvam teses firmadas em recursos excepcionais repetitivos, não tenha alterado o parágrafo quarto para adequá-lo a nova redação dada ao parágrafo quinto, II do art. 988 do CPC, se mostra coerente que seja dada interpretação sistêmica aos referidos dispositivos.

Nesse sentido, deve-se compreender que também na hipótese do artigo 988, p. 5, II, CPC, que garante a proposição da Reclamação para garantir a observância “de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos”, incluem-se os casos em que **haverá a aplicação indevida da tese jurídica firmada**.

Desse modo, contra decisão que aplique equivocadamente tese fixada em recursos excepcional repetitivo, negando provimento à alegação de *Distinguishing*, caberá a proposição de Reclamação, depois que esgotadas as instâncias inferiores, com fundamento também no artigo 988, p. 5, II, CPC, para garantir a observância “de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos”, pois nesta hipótese incluem-se os casos em que haverá aplicação indevida da tese jurídica firmada, conforme interpretação sistêmica e supletiva entre o p. 4 e o p. 5, II, ambos do artigo 988 do CPC.

3.2 O ARTIGO 1.030, I, “B” DO CPC E A IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES QUE JULGAM IMPROCEDENTES PLEITOS DE *OVERRULING*

No que se refere à hipótese de existir alegação de necessidade de superação de um precedente firmado em recurso excepcional repetitivo, a solução se tornou mais complexa, tendo instaurado-se uma controvérsia na doutrina.

Isso porque, diferentemente do caso do *Distinguishing*, em que há dispositivo expresso possibilitando o cabimento de Reclamação, conforme acima exposto, não há regra específica que determine qual o método de impugnação cabível em casos em que a alegação de superação seja julgada improcedente.

Pelo contrário, ante a literalidade do artigo 1.030, I, “b” do CPC,⁷² que determina que o presidente ou ao vice-presidente do Tribunal recorrido deverá negar seguimento a recurso

⁷² Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-

interposto contra acórdão que esteja em conformidade com REsp ou RE repetitivos, poder-se-ia entender que o legislador brasileiro teria previsto uma hipótese em que as questões decididas através de julgamento de recursos repetitivos pelas Cortes Superiores não poderiam por elas serem revistas, tornando-se, assim, impossível a provocação de superação desses precedentes pelos jurisdicionados através de recursos excepcionais.

Ora, se, conforme visto no tópico referente ao *Overruling* (2.2), a superação de um precedente só pode ser realizada pelo próprio tribunal que o criou, ou por uma corte hierarquicamente superior, como seria possível que as partes de um processo, por meio dos recursos excepcionais, provocassem a superação dos precedentes formados no julgamento de recursos repetitivos?

Ante a necessidade da evolução do direito, parte majoritária da doutrina sustenta que o recurso interposto contra decisão que aplica precedente formado em julgamento de recursos repetitivos excepcionais só deverá ser admitido quando externar, fundamentadamente, pretensão de superação do precedente estabelecido.⁷³ Caso referida decisão, mesmo com alegação de superação, negar seguimento a RE ou REsp em razão de desconformidade com entendimentos fixados em sede de recursos excepcionais repetitivos, caberá, de acordo com o parágrafo segundo do artigo 1.030, agravo interno nos termos do art. 1.021 do CPC, ao próprio tribunal.

Contudo, poderá haver o caso em que, mesmo quando devidamente fundamentada a pretensão de superação, o agravo interno será julgado improcedente, restando o questionamento de qual método de impugnação seria cabível nessas ocasiões.

Boa parte da doutrina passou a sustentar a possibilidade de ajuizar novo REsp ou RE em face do acórdão que negar provimento ao agravo interno, haja vista que esta será uma decisão proferida em última instância, nos termos dos artigos 102, III, “a” e 105, III, “a”, todos da CF. É esse o entendimento de Julia Lipiani,⁷⁴ Alexandre Câmara,⁷⁵ Luiz Rodrigues

presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos [...].

⁷³LIPIANI, Julia. Como promover a superação dos precedentes formados nos julgamentos de recursos repetitivos por meio dos recursos especial e extraordinário? In: **Recursos no CPC/2015. Perspectiva, críticas e desafios**. Coord.: Beatriz Magalhães Galindo e Marcela Kohlcah – Salvador: ed. Juspodivum, 2017. p. 157.

⁷⁴Ibidem, p. 145 e 166.

⁷⁵CÂMARA, Alexandre Freitas. Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes. **Conjur**, 12 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

Wambier e Eduardo Talamini,⁷⁶ Lucas Buril de Macêdo,⁷⁷ bem como Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Quinaud Pedron.⁷⁸

Por outro lado, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha⁷⁹ sustentam o cabimento de Reclamação para o STF ou STJ, nos termos do inciso II, parágrafo quinto do artigo 988, com fundamento no parágrafo segundo do artigo 1.030, eis que o agravo interno terá exaurido as instâncias ordinárias de impugnação da decisão. Julia Lipiani destaca que, em que pese os autores utilizem tal argumento para casos em que o julgamento que nega provimento ao agravo interno não leva em conta as distinções entre o precedente e o caso concreto, pode ser utilizado também para casos em que o julgamento considera as alegações de superação do precedente.⁸⁰

Ainda, Nelson Nery Jr., e Georges Abboud,⁸¹ Paulo Henrique dos Santos Lucon e Pedro Miranda de Oliveira,⁸² bem como Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni,⁸³ defendem o cabimento de agravo em Recurso Especial e em Recurso Extraordinário, previsto no art. 1.042, sob o argumento de que são os tribunais superiores os únicos que têm competência para proferir decisões de forma definitiva acerca da admissibilidade do recurso, conforme interpretação constitucional do art. 1.030, parágrafo primeiro do CPC. No mesmo sentido é o entendimento de Elpídio Donizetti, para quem, além do agravo em Resp e RE, caberá também, em tese, Reclamação.⁸⁴

⁷⁶WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional** (processo comum de conhecimento e tutela provisória), volume 2. 16 ed. reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 615.

⁷⁷MACÊDO, Lucas Buril de. A análise dos recursos excepcionais pelos tribunais intermediários. O pernicioso art. 1.030 do CPC e sua inadequação técnica como fruto de uma compreensão equivocada do sistema de precedentes vinculantes. **Revista de Processo**, v. 262, 2016. p. 187-221.

⁷⁸NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRO, Flávio Quinaud. Comentários aos arts. 1.029 a 1.035 do CPC. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). FREIRE, Alexandre (coord. Exec.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saravia, 2016 p. 1371 -1372. In: LIPIANI, Julia. Como promover a superação dos precedentes formados nos julgamentos de recursos repetitivos por meio dos recursos especial e extraordinário? **Recursos no CPC/2015. Perspectiva, críticas e desafios**. Coord.: Beatriz Magalhães Galindo e Marcela Kohlcah – Salvador: ed. Juspodivum, 2017. p. 160.

⁷⁹DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 13ª Ed. Salvador: Juspodivum, 2016, v.3, p. 317.

⁸⁰LIPIANI, Julia. Como promover a superação dos precedentes formados nos julgamentos de recursos repetitivos por meio dos recursos especial e extraordinário? **Recursos no CPC/2015. Perspectiva, críticas e desafios**. Coord.: Beatriz Magalhães Galindo e Marcela Kohlcah – Salvador: ed. Juspodivum, 2017. p. 160.

⁸¹NERY, JR.Nelson; ABOUD, Georges. Recursos para os Tribunais Superiores e a Lei 13.256-2016. **Revista de Processo**, v. 257, 2016. p. 231.

⁸²LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Recursos extraordinário e especial repetitivos: Antecedentes e novidades no CPC/2015. **Panorama atual do novo CPC 2**. Coord.: Paulo Henrique dos Santos Lucon. Pedro Miranda de Oliveira. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 421.

⁸³MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 262-263.

⁸⁴DONIZETTI, Elpídio. Jogando um pouco de luz no confuso art. 1.030 do novo CPC. **Jusbrasil**. Disponível em: <<http://portalied.jusbrasil.com.br/artigos/370958959/jogando-um-pouco-de-luz-noconfuso-art-1030-do>>

Por fim, Humberto Theodoro Júnior sustenta que quando o REsp ou RE for inadmitido pelo tribunal de origem, em razão de entendimento firmado em regime recursos repetitivos, a decisão do presidente ou do vice-presidente será sempre recorrível por agravo interno, caso em que a solução será dada pelo colegiado do tribunal local, sem possibilidade do caso chegar à apreciação dos Tribunais Superiores, conforme art. 1.030, I do CPC.⁸⁵

Como visto, a situação é complexa e está longe de ser pacífica na doutrina. A única certeza que se pode ter, e, dentro da lógica dos precedentes anteriormente exposta, não poderia ser diferente, é sobre a necessidade de garantir métodos para impugnar tais decisões, haja vista a necessidade de se manter o direito em constante atualização.

Desde logo, pontue-se que se pretende sustentar nesse trabalho o cabimento da Reclamação em casos que envolvam pedido de superação de precedente firmado em recurso excepcional repetitivo, sem a necessidade de esgotar as instâncias inferiores, conforme será melhor explanado nos capítulos seguintes.

3.3 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ATUAL

O Superior Tribunal de Justiça, no sentido contrário daquilo sustentado pela doutrina majoritária, vinha entendendo pela irrecorribilidade destas decisões, pontuando que caberia ao próprio Tribunal recorrido, se provocado por Agravo Interno, decidir sobre a alegação de equívoco, distinção ou superação do entendimento firmado em Recurso Especial representativo da controvérsia.⁸⁶

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal vem esposando entendimento de que, em tais casos, será cabível Reclamação, com fundamento no art. 988, I do CPC.⁸⁷ O r. relator Ministro Dias Toffoli ao adentrar o mérito da Reclamação n.º 29744, que buscava a distinção do caso concreto com a tese firmada em sede de recurso excepcional repetitivo, destacou que – os grifos não estão no original:

novo-cpc>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁸⁵THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – vol. III. 50. Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1128.

⁸⁶Nesse sentido, confira-se as seguintes decisões: AgInt no TP 473/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 17/08/2017, DJe 08/09/2017; AgInt no AREsp 1164904/ES, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 20/03/2018, DJe 23/03/2018 e AREsp 1249746, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 05/03/2018, DJe 08/03/2018.

⁸⁷STF: Reclamação n.º: 24211, Relator(a): Min. Dias Toffoli, julgado em 03/06/2016. STF, 07 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2823980%2E%2E+OU+23980%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/hw54k8l>>. Acesso em 10 jul. 2018.

No caso, o r. Ministro, após a devida análise do mérito, que referia-se a existência ou não de distinção, negou seguimento à reclamação tendo em vista que “(...) o reclamante não logrou êxito em comprovar nos autos o efetivo descumprimento da decisão da Corte por parte da autoridade reclamada”, com fundamento no art. 21, § 1º, do RI/STF.⁸⁹

Desse modo, entende-se que o fundamento para a propositura de Reclamação com argumentação de *Distinguishing* não será a “usurpação de competência” da Corte Superior, com base no art. 988, I, CPC, como consignado pelo r. Ministro, mas sim, para garantir a observância “de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial

⁸⁹ Art. 21, § 1º, Poderá o(a) Relator(a) negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou à súmula do Tribunal, deles não conhecer em caso de incompetência manifesta, encaminhando os autos ao órgão que reputar competente, bem como cassar ou reformar, liminarmente, acórdão contrário à orientação firmada nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil.

repetitivos”, conforme interpretação sistêmica entre o p. 4 e p. 5, II, ambos do artigo 988 do CPC, anteriormente defendida.

Em sentido parecido, recentemente (20.08.2018), a r. Ministra Assusete Magalhães, do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar monocraticamente alegação de distinção (*Distinguishing*) na reclamação n.º 36.294 consignou que,

[...] segundo interpretação conferida ao art. 988, § 5º, II, do CPC/2015, a **Reclamação fundada no argumento de ofensa à tese firmada em repercussão geral, ou sob o rito dos repetitivos, condiciona-se, além do esgotamento das instâncias ordinárias, à demonstração de teratologia da decisão reclamada, de distinguishing, ou da necessidade de superação da tese firmada.**⁹⁰

Em primeiro lugar é de se observar que diferentemente do Supremo Tribunal Federal, a r. Ministra considerou que a reclamatória que contenha alegação de teratologia da decisão, distinção, ou necessidade de superação de tese jurídica firmada em recursos excepcionais repetitivos, deverá ser proposta com base no artigo 988, p.5, II, ou seja, para “garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos”.

Em que pese a propositura de Reclamatória que contenha alegação de *Distinguishing* com base no art. 988, p. 5, II, esteja de acordo com o entendimento anteriormente ressaltado, cumpre destacar que no que se refere à existência de alegação de *Overruling*, adota-se, neste trabalho, o entendimento já adotado pelo STF, no sentido de que nesses casos a Reclamatória deverá ser proposta para **preservar a competência do Tribunal**, com fundamento no artigo 988, I, do CPC.

Explica-se. Diferentemente do caso do *Distinguishing*, em que conforme visto há expressa menção à possibilidade de propor Reclamação com fulcro no art. 988, p. 5, II, no que se refere ao *Overruling* o Código de Processo Civil silenciou. Portanto, exige-se um esforço hermenêutico, por parte dos operadores de direito, a fim de que seja dada a melhor interpretação possível com relação a qual método de impugnação se mostra o mais adequado para tais situações.

É de se pontuar, desde logo, que a diferença entre a propositura de uma Reclamatória com base no inciso I ou no p. 5, II, do artigo 988, não se reduz a mero apego ao formalismo,

⁹⁰STJ: Reclamação n.º 36.294, Relatora: Min.Rel. ASSUSETE MAGALHÃES, julgado em 14 de agosto de 2018. STJ, 20 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?processo=036294.NUM.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 18 set. 2018. Os grifos não estão no original.

mas possui implicações práticas, em especial porque a regra prevista no p. 5, II, exige o esgotamento das instâncias ordinárias, conforme será melhor analisado nos tópicos a seguir.

Por fim, é de se observar que a r. Ministra, embora tenha esposado uma argumentação mais respeitável do que aquela que vinha até então sendo adotada pelo STJ (em que sustentava-se a irrecurribilidade da decisão proferida em agravo interno, com fundamento no art. 1.030, I, “b”), ao **deixar de conhecer a reclamação**, sob o argumento de que “não há demonstração de teratologia, de **distinguishing** ou de necessidade de superação do entendimento firmado, hábil a autorizar o processamento da presente Reclamação”,⁹¹ e negar-lhe seguimento com fulcro no artigo art. 34, XVIII, a, do Regimento Interno do STJ,⁹² incorreu em grave equívoco.

Não se desconhece da controvérsia existente em torno da terminologia “negar seguimento”, muito criticada por parte da doutrina por ser utilizada ora para negar provimento ao mérito, ora para negar conhecimento a recursos, conforme entendimento pacificado, inclusive, pelo próprio STJ.⁹³

Contudo, parece claro que a análise de pleito que envolva alegação de distinção ou superação de recurso excepcional repetitivo, trata-se, em verdade, de juízo de mérito, consubstanciado na verificação se o Tribunal de origem aplicou (ou deixou de aplicar) corretamente o precedente firmado em regime de recursos repetitivos ou não. Isso porque não há como se concluir pela existência (ou inexistência) de tese apta a superar um precedente ou distingui-lo do caso concreto, sem que haja a análise pormenorizada de seu mérito.

Desse modo, o caminho mais acertado teria sido que, após o juízo genérico de admissibilidade da reclamação, a r. Ministra do STJ, tivesse conhecido do recurso e negado-lhe provimento caso verificasse a ausência de comprovação de distinção entre o caso concreto e aquele firmado no REsp repetitivo ou de motivos suficientes para realizar a superação de um precedente, tal como perfeitamente realizado pelo r. Ministro do STF no caso acima referido.

Assim, a recente decisão sobre o assunto emitida pelo STJ, embora entre no mérito da Reclamatória, e analise exaustivamente a existência ou não de *Distinguishing*, trata equivocadamente da questão como se requisito de admissibilidade recursal fosse.

⁹¹Os grifos estão no original.

⁹²Art. 34. “São atribuições do relator: (...) XVIII, ‘a’: não conhecer do recurso ou pedido inadmissível, prejudicado ou daquele que não tiver impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida”.

⁹³“(…) A expressão “negará seguimento”, contida no *caput* do art. 557 do CPC, não abarca somente a possibilidade de improvimento do recurso, mas também a de não conhecimento desse.” (STJ: AgRg no Ag 801112/BA 2006/0167814-2, Rel. Min. Eliana Calmon. **STJ**, 15 mar. 2007, p. 297. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=801112&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=tue>> . Acesso em 08 set. 2018).

Veja-se que o requisito de admissibilidade ao qual se refere o r. Ministro Dias Toffoli em seu posicionamento é no sentido de existência ou não de alegação de *Distinguishing* ou *Overruling*. E não a verificação, no caso concreto, de distinção ou necessidade de superação propriamente dita.

Nesse ponto, merece destaque as assertivas palavras de Elpídio Donizetti sobre o assunto:

Não se pode, exemplificativamente, negar provimento a recurso não conhecido; igualmente, não se pode cogitar de encaminhamento para juízo de retratação, de sobrestamento ou de seleção. Tudo isso soa franciscano, mas a prática em alguns tribunais motivou-me a escrever este ensaio. Julgar um recurso intempestivo ou exercer juízo de retratação num julgamento já coberto pela res judicata faria Paula Batista, Frederico Marques e Pontes de Miranda revirarem na cova. Seria um chacoalhar de ossos.⁹⁴

De qualquer maneira, as recentes decisões do STJ e STF, no sentido de admitir a oposição de reclamação em face de agravo interno que nega “seguimento” a recurso especial ou extraordinário que esteja em conformidade com seu entendimento exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos, mas que contenha alegação de *Distinguishing* ou de necessidade de superação da tese firmada, demonstra um avanço jurisprudencial, ainda que tímido.

3.4 NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO A RECURSO EXCEPCIONAL COM BASE NO ART. 1.030, I, “B”

Neste capítulo é de se pontuar, ainda, que Elpídio Donizetti sustenta que a decisão do presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, com base no artigo 1.030, I, “b” do CPC, no sentido de verificar se o acórdão recorrido aplicou corretamente o precedente firmado em regime de recursos repetitivos, enfrentará verdadeiro julgamento de mérito, e só poderá ocorrer após passar inicialmente pela análise de admissibilidade genérica (cabimento, legitimidade, interesse, tempestividade, preparo, regularidade formal, inexistência de fato extintivo ou impeditivo do direito de recorrer e requisitos específicos, como prequestionamento e afronta a lei federal, no caso de Recurso Especial, e afronta a dispositivo constitucional e verificação de repercussão geral nos casos de Recurso Extraordinário).⁹⁵ O

⁹⁴DONIZETTI, Elpídio. Jogando um pouco de luz no confuso art. 1.030 do novo CPC. **Jusbrasil**. Disponível em: <<http://portalied.jusbrasil.com.br/artigos/370958959/jogando-um-pouco-de-luz-noconfuso-art-1030-do-novo-cpc>>. Acesso em 01 set. 2018.

⁹⁵Idem.

referido autor defende, assim, que a expressão “negar seguimento”, utilizada pelo legislador no artigo 1.030, I “b” do CPC, comporta o mesmo significado que “negar provimento”.

Contudo, neste trabalho, entende-se que tanto a alegação de superação (*Overruling*) de precedente firmado em regime de recurso repetitivo, quanto a de distinção (*Distinguishing*) entre o caso concreto e o precedente firmado, não são questões indissociáveis do mérito.

Isso porque é possível, e até necessário, que o Tribunal de Justiça recorrido, seja na decisão proferida pelo presidente ou vice-presidente do TJ ou na decisão proferida pelo colegiado no agravo interno, com base no artigo 1.030, I, “b” do CPC, quando houver pleito de superação ou distinção de precedente, não emita juízo de mérito, sob pena de insculpir-se na competência das Cortes Superiores.

Nesse sentido, havendo pleito para superação ou distinção de precedente, e cumprido os demais requisitos de admissibilidade recursais, deverá o Tribunal recorrido apenas e tão somente encaminhar os recursos excepcionais às Cortes Superiores, para que, estas sim, realizem a análise do mérito da questão.

Portanto, não haverá possibilidade para que os Tribunais recorridos “neguem seguimento”⁹⁶ e realizem julgamento de mérito, concluindo pela ausência de tese suficiente para a realização do *Overruling* ou de distinção entre os casos, pois, se assim o fizerem, caberá a propositura de Reclamação para preservar a competência das Cortes Superiores, com fundamento no artigo 988, I do CPC.

⁹⁶Termo utilizado pela legislação no artigo 1.030, I, “b”.

4. O *ANTICIPATORY OVERRULING* EM TESES QUE TENHAM COMO FUNDAMENTO A SUPERAÇÃO DE UM PRECEDENTE DESDE O INÍCIO

É indiscutível que a violação de um precedente é danosa tanto para os jurisdicionados, pois estes passam a ter o ônus de interpor recurso para as Cortes Supremas para ver o seu caso julgado de acordo com o direito, quanto para o Poder Judiciário, que passa a ter o dever de atuar apenas para reafirmar aquilo que já se encontrava devidamente pacificado, ocasionando, em ambas as perspectivas, manifesto afronta aos princípios da igualdade, segurança jurídica, celeridade processual e da razoável duração do processo.⁹⁷

Todavia, é verdade também que quando a tese inicial das partes baseia-se justamente na superação de um precedente controverso formado em recurso excepcional repetitivo, situação parecida pode ocorrer, já que os jurisdicionados terão que percorrer todo o, muitas vezes, dramático e tortuoso caminho do judiciário até as Cortes Superiores, que, sabe-se, atualmente pode durar anos.

Caso a posição que se mantenha seja a que vinha sendo esposada pela maioria das decisões do STJ,⁹⁸ no sentido de que o único recurso cabível da decisão do presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido que negar seguimento a recurso excepcional interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos for o agravo interno, a competência final para decidir sobre o “mérito da questão”⁹⁹ – existência de necessidade de superação de um precedente – será tão só do Colegiado do Tribunal, que terá em suas mãos o poder de dar ou não seguimento, no sentido de encaminhar ou não, recursos excepcionais às Cortes Superiores.

Nessa hipótese, é mais do que certo que correremos o risco de que os precedentes firmados em sede de recurso repetitivos sejam aplicados mecanicamente, tornando o acesso

⁹⁷MITIDIERO, Daniel Francisco. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 80.

⁹⁸Cf. STJ: AgInt no TP n.º 473/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/08/2017. **STJ**, 08 set. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoess/toc.jsp?processo=000473.NUM.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 15 ago. 2018; STJ: AgInt no AREsp n.º 1164904/ES, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/03/2018. **STJ**, 23 mar. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoess/toc.jsp?processo=1249746.NUM.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 15 ago. 2018; STJ: AREsp n.º 1249746, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 05/03/2018. **STJ**, 08 mar. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoess/toc.jsp?processo=1249746.NUM.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 15 ago. 2018.

⁹⁹Conforme anteriormente destacado, considera-se equivocada a doutrina (e jurisprudência) que argumenta que a decisão que negar seguimento a recurso com base no artigo 1.030, I, “b”, abordará, necessariamente, questões de mérito.

muito difícil de recursos com pretensão de superação de entendimento às Cortes de Vértice, prejudicando, assim, não só a possibilidade de renovação do entendimento, mas também a própria justiça.

Nesse ponto cumpre lembrar que, em razão do abarrotamento das Cortes Superiores, antes mesmo de entrar em vigor o Código de Processo Civil de 2015, conseguiu-se, por medida de política judiciária, a alteração de diversos dispositivos do CPC através da Lei nº 13.256, de 2016, dentre eles os artigos 1.030, I, “b” e 988, IV.

Restou inegável que a dinâmica trazida pelo artigo 1.030, I, “b”, que passou a determinar que o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido deve negar seguimento a REsp ou RE interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do STF ou do STJ exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos, bem como pelo artigo 988, parágrafo quinto, II, do CPC, o qual dispõe que a reclamação proposta para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos é inadmissível enquanto não “esgotadas as instâncias ordinárias”, foi justamente dificultar o acesso dos jurisdicionados às cortes superiores, em uma tentativa de amenizar o congestionamento do poder judiciário.

Por tal razão não parece tão impossível, embora altamente indesejável, que a posição que se firme na jurisprudência seja no sentido de que, em tais situações, o único recurso cabível será o agravo interno ao colegiado do tribunal.

Por outro lado, mesmo que as Cortes Superiores pacifiquem a matéria no sentido de admitir Reclamação nesses casos, conforme decisões tímidas já emitidas pelo STF e, recentemente, pelo STJ, é de se observar que o problema do jurisdicionado, que terá de percorrer todos os graus de justiça para alcançar o bem jurídico perquirido – a superação de um precedente, com julgamento favorável a si –, poderá permanecer.

Isso porque, conforme anteriormente já ponderado no capítulo destinado ao “*OVERRULING*” (2.2) a superação de um precedente só pode se dar através da corte que o firmou, que no caso dos Recursos excepcionais repetitivos será o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal.

Assim, tendo em vista a dificuldade que os jurisdicionados enfrentarão para que suas pretensões de superação de precedentes firmados em recursos repetitivos cheguem até Cortes Superiores, conforme anteriormente ponderado, uma das formas para discussão da superação

do precedente e, conseqüentemente, evolução do direito, será nas situações em que ocorra o *Anticipatory Overruling*.¹⁰⁰

A decisão que deixar de aplicar um precedente a um determinado caso, realizando sua “superação antecipada”, com base no art. 489, parágrafo primeiro, inciso VI, será uma das formas mais eficientes, práticas e, porque não, céleres de se permitir a rediscussão de precedente firmado em sede de recursos repetitivos pelo STF ou STJ.

Veja-se que referido dispositivo é claro ao dispor que não se considerará fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória de mérito, sentença ou acórdão, que deixar de seguir precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de superação do entendimento.

Desse modo, o próprio Código de Processo Civil brasileiro previu que o *Anticipatory Overruling* poderá ser realizado tanto em acórdão, pelos membros do Tribunal de Justiça, como também em decisão interlocutória de mérito ou em sentença, pelo próprio juiz de primeiro grau.

Ou seja, o legislador do CPC de 2015 não só expressamente previu a possibilidade de “superação” antecipada de um precedente por magistrados de primeiro grau e tribunais de segundo grau, como o fez de uma forma extremamente ampla.

Nessa perspectiva algumas situações podem surgir.

A primeira é quando haverá tão só o pedido de superação de um precedente. Se houver sinalizações por parte da Corte Superior no sentido de que deve revogar o precedente brevemente, mostrar-se-á cabível a realização do *Anticipatory Overruling* por parte do juiz de primeiro grau em sentença.

A segunda situação é quando, em conjunto com o pedido de superação de precedente, haverá também a existência de pedidos diversos que não se relacionam diretamente. Nesse caso, quando for incontroversa a necessidade de revogação do precedente, havendo a devida sinalização das Cortes Superiores, e encontrando-se o processo em condições de imediato julgamento, será possível que o magistrado de primeiro grau realize o *Anticipatory Overruling* em uma decisão antecipada parcial de mérito, nos termos do artigo 356 do CPC.

Não é difícil notar que a situação contrária também pode ocorrer, no sentido de que pode ser julgado antecipadamente o mérito das questões que não abrangem aquelas fixadas

¹⁰⁰DUARTE, Zulmar. Juiz e a superação do precedente: *anticipatory overruling*. **Jota**, 16 out. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/juiz-e-a-superacao-do-precedente-anticipatory-overruling-16102017>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

em precedentes, caso preenchidos os requisitos dos artigos 355 e 356 do Código de Processo Civil, prosseguindo-se o processo normalmente no que se refere à alegação de superação.

Por fim, quando incontroversa a necessidade de revogação do precedente, com a devida sinalização das Cortes Superiores, o precedente poderá ser antecipadamente superado pelo colegiado do Tribunal de Justiça.

Veja-se que, em todos os casos acima apresentados, a parte contrária poderá propor Reclamação nos termos dos artigos 102, I, “I” e 105, I, “F” da CF, bem como art. 988, p. 5, II do CPC, para garantir a observância “de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos”, depois que esgotadas as instâncias ordinárias.

Parece óbvio notar que quando realizado o *Anticipatory Overruling*, em quaisquer dos casos anteriormente expostos, o presidente ou vice-presidente do TJ recorrido não poderá negar seguimento a recurso com pedido de “não superação”, aplicando “mecanicamente” o precedente firmado em recursos excepcionais repetitivos. Até porque, repita-se, a decisão proferida pelo presidente ou vice-presidente do Tribunal Recorddi não será de mérito, e sim, de admissibilidade, conforme anteriormente ponderado.

De acordo com o artigo 1.030, II, do CPC, nos casos em que o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de recursos repetitivos, o presidente ou vice-presidente do TJ deverá tão somente encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação. Assim, ainda que exista a possibilidade de que o órgão julgador realize a retratação e aplique o precedente ao caso, tal hipótese será remota, como sói ocorrer.

Andou magnificamente bem o legislador ao prever expressamente a possibilidade de antecipar a “revogação” de um precedente, haja vista que em todas as situações em que o juiz ou o colegiado de TJ realizar o *Anticipatory Overruling*, a matéria referente à superação do precedente poderá chegar até o STF ou STJ. Basta que a parte contrária recorra desta decisão, o que, sabe-se, quase sempre ocorre.

4.1 INTERPOSIÇÃO DE RECLAMAÇÃO SEM A NECESSIDADE DO ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS EM ALEGAÇÃO DE *OVERRULING*

É importante observar, também, que pode haver casos em que desde o início já exista o pedido de superação de um determinado entendimento firmado em recursos excepcionais repetitivos, mas o juiz de primeiro grau, seja em decisão interlocutória de mérito, seja em

sentença, ou o colegiado do Tribunal de Justiça Recorrido em acórdão, julgará improcedente tal pleito.

Nesses casos, poder-se-ia pensar que, para a propositura da Reclamatória, deveria haver o esgotamento das instâncias ordinárias, conforme determina o art. 988, p. 5, II.

Inclusive, não se desconhece que, nas poucas e recentes manifestações jurisprudenciais sobre o assunto, o STJ e STF condicionaram a admissibilidade da reclamação com fundamento em *overruling* ao esgotamento das instâncias ordinárias.

Entretanto, é de se observar que as decisões do STF, no sentido de admitir a reclamação, o fizeram com fundamento no inciso I do art. 988, ou seja, para **preservar a competência** dos referidos Tribunais.

O p. 5, II, do art. 988, que condiciona a propositura da Reclamatória ao esgotamento das instâncias ordinárias, é claro ao restringir a admissibilidade de Reclamação proposta para **garantir a observância de acórdão** proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, aqui incluídas a aplicação indevida da tese jurídica (como, *e. g.*, alegação de *Distinguishing*) e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam (como, *e. g.*, a realização de *Anticipatory Overruling*), conforme interpretação sistêmica defendida neste trabalho.

Ou seja, referem-se a hipóteses significativamente diversas.

Conforme já destacado no tópico 2.3, a realização do *Anticipatory Overruling* é uma prerrogativa dos magistrados e Tribunais de Justiça, que poderão, agindo dentro de sua competência, com base no poder geral de cautela e no artigo 489, p. 1, VI do CPC, deixar de seguir precedente, desde que fundamentem devidamente a superação do entendimento. Lembre-se que a superação antecipada não se trata de revogação de precedente propriamente dito.

Agora, quando magistrados negarem provimento a pleito de *Overruling*, pontuando ausência de elementos suficientes para a superação, eles estarão agindo fora de sua competência. Isso porque, embora lhes tenha sido dada a prerrogativa de “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte” (art. 489, p. 1, VI), a competência para decidir sobre a inexistência de fundamentação suficiente para superação de precedente, continua sendo das Cortes Superiores que o criaram, eis que, conforme visto, somente estas tem a competência para revogá-las definitivamente e, posteriormente, fixar novo entendimento com eficácia vinculante.

Dessa forma, quando os magistrados e Tribunais não realizem o *Anticipatory Overruling*, seja, por exemplo, em razão da ausência de indicativos das Cortes Superiores de

que irão revogar o precedente, negando provimento a pleito de superação, será cabível Reclamação com fundamento no artigo no art. 988, I, do CPC, que poderá ocorrer desde logo, pois referido inciso não exige o esgotamento das instâncias ordinárias.

Ademais, não poderia ser diferente. É coerente e se mostra, inclusive, prudente, que quando uma decisão deixe de aplicar um precedente obrigatório, seja por que realizou a “superação” antecipada, seja porque há distinção presente no caso, haja o esgotamento de todas as instâncias.

Ora, se a referida decisão for manifestamente equivocada, por óbvio haverá sua “correção” pelas cortes imediatamente superiores, sem que haja a necessidade de “incomodar” o STF e STJ com reclamações propostas em face de decisões que podem ser facilmente “endireitadas” pelos tribunais de *ad quem*.

Agora, quando uma decisão aplica precedente obrigatório, negando provimento a pedido de superação, se mostra razoável que haja a propositura de Reclamatória desde logo.

Isso porque, tendo em vista que somente as Cortes Superiores têm competência para realizar o *Overruling* propriamente dito, a propositura da Reclamatória desde logo permite que elas possam tomar conhecimento da controvérsia existente, e, assim, realizar a evolução do direito com mais agilidade, caso necessário, evitando-se, assim, a perpetrações de decisões injustas em razão das malfadadas aplicações mecânicas de um precedente controverso.

Além do mais, a propositura de Reclamatória incontinenti evitará que os jurisdicionados tenham que percorrer todos os graus da justiça, enfrentando a morosidade do Poder Judiciário, estando de acordo com os princípios da celeridade processual e economicidade dos recursos da justiça, bem como da razoável duração do processo.

Portanto, para garantir a competências das Cortes Superiores é possível sustentar a propositura de Reclamação em face da decisão denegatória de “superação” de um precedente firmado em regimes de recursos excepcionais, sem a necessidade de que haja o esgotamento das instâncias ordinárias.

5. CONCLUSÃO

O estudo da força dos precedentes judiciais vem se mostrando cada vez mais importante no âmbito do direito processual brasileiro.

A adoção de técnicas que permitem a vinculação de uma decisão a casos futuros, previstas originalmente na teoria do *Stare Decisis*, gera grande impacto nas práticas de nosso Poder Judiciário, pois, além de permitir uma análise racional das decisões jurisdicionais, garantindo que todas sejam fundamentadas com base em um raciocínio lógico, e não justificadas exclusivamente na autoridade jurisdicional, proporciona maior segurança jurídica, auxiliando a coibir o desastroso fenômeno da “jurisprudência lotérica”.

Outrossim, o saber antecipado, no sentido de conhecer como os órgãos judiciais irão se comportar, acaba, inevitavelmente, desincentivando a judicialização de demandas, tornando o Poder Judiciário, conseqüentemente, mais célere em sua resposta jurisdicional.

Nesse sentido, o impacto da adoção dos precedentes obrigatórios estende seus reflexos não só sobre casos concretos, mas também, e principalmente, sobre jurisdicionados de uma maneira em geral, já que funciona como instrumento apto a garantir o acesso a uma justiça íntegra e coerente, a ser realizada dentro de um prazo razoável e compatível com a complexidade de sua causa.

Partindo-se da premissa de que o respeito aos precedentes judiciais funciona igualmente como um mecanismo apto a efetivar o direito à razoável duração do processo, o presente trabalho analisou as recentes mudanças introduzidas pela Lei n.º 13.256 de 2016 no CPC, notadamente no contexto da recorribilidade de decisões que envolvam alegação de distinção e superação de precedentes firmados em recursos excepcionais repetitivos, examinando-se o posicionamento atual doutrinário e jurisprudencial a respeito do tema.

Nesse sentido, inicialmente, destacou-se que contra decisão que deixe de aplicar entendimento firmado em sede de repetitivo invocado pela parte, será cabível Reclamação, com fundamento no artigo 988, p. 5, II do CPC, ou seja, para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, depois que devidamente esgotadas as instâncias ordinárias.

Viu-se que, com o advento da Lei n.º 13.256 de 2016, houve a alteração do artigo 988, IV, do CPC, retirando-se de seu texto a parte que originalmente determinava ser cabível a propositura de Reclamação para garantir a observância de precedente proferido em julgamento de recursos excepcional repetitivos. Referida hipótese foi acrescentada ao p. 5,

inciso II do mesmo dispositivo, que passou a prever, contudo, ser inadmissível a propositura de Reclamatória para tais ocasiões enquanto não esgotadas as instâncias ordinárias.

Ocorre que o parágrafo quarto do artigo 988 do CPC sempre determinou expressamente, desde a promulgação do CPC de 2015, que nos casos previstos nos incisos III e IV incluem-se também as hipóteses de “(...) *aplicação indevida da tese jurídica e de sua não aplicação aos casos que a ela correspondam*”.

Nesse sentido, argumentou-se que, embora a alteração legislativa realizada pela Lei n.º 13.256 de 2016 não tenha alterado o parágrafo quarto para adequá-lo a nova redação conferida ao p. 5, II do art. 988 do CPC, se mostra coerente que seja dada interpretação sistêmica e supletiva aos referidos dispositivos. Assim sendo, concluiu-se que a possibilidade de propositura de Reclamatória com base no artigo 988, p. 5, II, envolve não só os casos em que a decisão deixou de aplicar precedente repetitivo invocado pela parte, mas também os casos em que haverá a aplicação equivocada da tese jurídica firmada.

Sobre o momento em que se concretiza o esgotamento das instâncias ordinárias, pontuou-se que o STF tem considerado que a fase adequada é depois do julgamento do agravo interno, a ser interposto nos termos do art. 1.030, p. 2 do CPC.

Assim, em face de acórdão do TJ que julgar improcedente pedido de aplicação de tese firmada em caso repetitivo ou de distinção em razão de sua aplicação indevida, a parte deverá interpor recurso excepcional, com fundamento nos dispositivos constitucionais aplicáveis. Caso o presidente ou o vice-presidente do Tribunal recorrido negar-lhe seguimento, com fundamento no artigo 1.030, I, “b” do CPC, caberá agravo interno ao próprio tribunal previsto no art. 1.021 do CPC, conforme determina p. 2 do art. 1.030. Apenas, então, caso negado provimento ao agravo interno, é que se mostrará possível o cabimento da Reclamação.

Na mesma linha de estudo, viu-se que originalmente o artigo 1.030, I, “b” do CPC determinava a remessa do recurso excepcional às Cortes Superiores independentemente de juízo de admissibilidade. Entretanto, com as mudanças introduzidas pela Lei n.º 13.256, de 2016, passou-se a determinar que o presidente ou o vice-presidente do Tribunal recorrido deve negar seguimento à REsp e RE interpostos em face de acórdão que esteja em conformidade com entendimento do STF ou do STJ exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos.

Conforme exposto neste trabalho, a competência para a realização do *Overruling* é apenas da corte responsável pela formação do precedente ou de corte hierarquicamente superior, razão pela qual ante a literalidade do artigo 1.030, I, “b” do CPC, poder-se-ia

entender que o legislador brasileiro teria previsto uma hipótese em que as questões decididas através de julgamento de recursos repetitivos pelas Cortes Superiores não poderiam por elas serem revistas, tornando-se, assim, impossível a provocação de superação destes precedentes pelos jurisdicionados através de recursos excepcionais.

Considerando que a impossibilidade de realizar a superação de precedentes impediria o desenvolvimento do direito, a doutrina majoritária passou a sustentar que o recurso interposto contra decisão que aplica precedente formado em julgamento de recursos repetitivos excepcionais só deve ser admitido quando externar, fundamentadamente, pretensão de superação do precedente estabelecido. Caso, mesmo com a alegação de superação, seja negado provimento ao recurso excepcional, caberá, de acordo com o parágrafo segundo do artigo 1.030 do CPC, agravo interno nos termos do art. 1.021 do CPC ao próprio tribunal.

O problema surgiu com relação à possibilidade de que, mesmo quando devidamente fundamentada a pretensão de superação, o agravo interno fosse julgado improcedente. A maior parte da doutrina começou a sustentar que em face desta decisão caberia o ajuizamento de novo REsp ou RE, haja vista que esta será uma decisão proferida em última instância, nos termos dos artigos 102, III, “a” e 105, III, “a”, todos da CF. Outros doutrinadores passaram a argumentar o cabimento de agravo em REsp e em RE previsto no art. 1.042 do CPC, sob o argumento de que são os Tribunais Superiores os únicos que têm competência para proferir decisões de forma definitiva acerca da admissibilidade do recurso. Por fim, viu-se que há, em menor quantidade, aqueles que passaram a sustentar a irrecorribilidade de tais decisões.

Sobre o assunto, apresentou-se o entendimento jurisprudencial atual, momento em que se verificou que o STJ vinha entendendo pela irrecorribilidade destas decisões, pontuando que caberia ao próprio Tribunal recorrido, se provocado por agravo interno, decidir sobre a alegação de equívoco, distinção ou superação do entendimento firmado em REsp representativo da controvérsia.

Viu-se que o STF, por outro lado, vem esposando entendimento de que, em tais casos, é cabível Reclamação, com fundamento no art. 988, I do CPC, condicionando sua admissibilidade à demonstração de usurpação da competência, pois existente alegação de *distinguishing* ou de necessidade de superação de um precedente.

Tendo em vista a conclusão deste trabalho de que artigo 988, p. 4 deve ser interpretado e aplicado supletivamente e de forma sistêmica com o art. 988, p.5, II, no sentido de que nas hipóteses de proposição de Reclamatória para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de RE ou REsp repetitivos também se incluem as de aplicação indevida da tese jurídica firmada, concluiu-se que o fundamento para se propor Reclamação

com argumentação de *Distinguishing* não deve ser a “usurpação de competência” da Corte Superior, com base no art. 988, I, CPC, como consignando pelo STF em suas decisões, mas sim, para garantir a observância “*de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos*, com fundamento no art. 988, p.5, II.

Observou-se que recentemente o STJ proferiu decisão exatamente nesse sentido, consignando que a Reclamatória que contenha alegação de teratologia da decisão, distinção, ou necessidade de superação de tese jurídica firmada em recursos excepcionais repetitivos, deverá ser proposta com base no artigo 988, p.5, II.

Contudo, diferentemente do entendimento do STF, que analisou o mérito da questão, o STJ, no caso, embora tenha analisado exaustivamente a existência ou não de *Distinguishing*, deixou de conhecer a Reclamatória e negou-lhe seguimento, incorrendo em grave equívoco ao tratar da questão como se requisito de admissibilidade recursal fosse.

Pontuou-se que o requisito recursal de admissibilidade exigido pelo r. ministro do STF na decisão analisada é no sentido de existência ou não de alegação de *Distinguishing* ou *Overruling*. E não a verificação, no caso concreto, de distinção ou necessidade de superação propriamente dita.

Embora exista controvérsia em torno da terminologia “negar seguimento”, que ora se utilizada para negar provimento ao mérito, ora para negar conhecimento a recursos, concluiu-se que a verificação se o Tribunal de origem aplicou (ou deixou de aplicar) corretamente o precedente firmado em regime de recursos repetitivos ou não, trata-se, em verdade, de juízo de mérito, já que não há como se concluir pela existência (ou inexistência) de tese apta a superar um precedente ou distingui-lo do caso concreto, sem que haja a análise pormenorizada de seu mérito.

Ato contínuo analisou-se, também, a natureza jurídica da decisão do presidente ou vice-presidente do Tribunal recorrido que nega seguimento a recurso excepcional com base no art. 1.030, I, “b” do CPC, tendo-se concluído que esta, sim, deverá ser tão só de admissibilidade e não de mérito, sob pena de inculpir-se na competência das Cortes Superiores, haja vista que tanto a alegação de superação (*Overruling*) de precedente firmado em regime de recurso repetitivo, quanto à de distinção (*Distinguishing*) entre o caso concreto e o precedente firmado não são questões indissociáveis do mérito.

Portanto, havendo pedido para superação ou distinção de precedente, e cumprido os demais requisitos de admissibilidade recursais, deve o Tribunal recorrido apenas e tão somente encaminhar os recursos excepcionais às Cortes Superiores, para que, estas sim, realizem a análise do mérito da questão. Caso, contudo, “neguem seguimento” e concluam

pela ausência de tese suficiente para a realização de *Overruling* ou *Distinguishing*, realizando verdadeiro julgamento de mérito, caberá Reclamação para preservar a competência das Cortes Superiores, com fundamento no artigo 988, I do CPC.

Observou-se que, caso a posição que se mantenha na jurisprudência seja no sentido de irrecurribilidade da decisão do presidente ou vice-presidente do Tribunal recorrido que negar seguimento a recurso excepcional interposto, com fundamento no art. 1.030, I, “b”, a competência final para decidir sobre o “mérito” de questões que contenham alegação de necessidade de superação de um precedente será tão só do Colegiado do Tribunal. Nesses casos, reconheceu-se que se correrá o risco de que os precedentes firmados em sede de recurso repetitivos sejam aplicados mecanicamente, tornando o acesso muito difícil de recursos com pretensão de superação às Cortes superiores, prejudicando, assim, não só a possibilidade de renovação do entendimento, mas também à própria justiça.

Por outro lado, caso as Cortes Superiores pacifiquem a matéria no sentido de admitir Reclamação, argumentou-se que o problema do jurisdicionado que terá de percorrer todos os graus de justiça para alcançar a superação de um precedente poderá vir a permanecer caso exija-se, para tanto, a necessidade do esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, reconheçam seu cabimento exclusivamente com base no art. 988, p. 5, II do CPC.

Levando-se em conta que a revogação de um precedente só pode se dar através da corte que o firmou, que no caso dos Recursos excepcionais repetitivos será o STJ ou o STF, bem como a dificuldade que os jurisdicionados podem vir a enfrentar para que suas pretensões de superação cheguem até Cortes Superiores, concluiu-se que uma das formas para discussão da superação e, conseqüentemente, evolução do direito, será nas situações em que ocorra o *Anticipatory Overruling*. Demonstrou-se, assim, que a decisão que deixar de aplicar um precedente a um determinado caso, realizando sua “superação antecipada”, com base no art. 489, parágrafo primeiro, inciso VI, será uma das formas mais eficientes, práticas e céleres de se permitir a rediscussão de precedente firmado em sede de recursos excepcionais repetitivos pelo STF ou STJ.

Nesses casos pontuou-se que a parte contrária poderá propor Reclamação nos termos dos artigos 102, I, “I” e 105, I, “F” da CF, bem como art. 988, p. 5, II do CPC, para garantir a observância “*de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos*”, desde que esgotadas as instâncias ordinárias. Parece óbvio que o presidente ou vice-presidente do TJ não poderá negar seguimento a recurso excepcional com pedido de “não superação”, aplicando “mecanicamente” o precedente firmado em recursos excepcionais

repetitivos; até porque, conforme defendido nesta monografia, esta decisão não será de mérito, e sim, de admissibilidade.

No final, discorreu-se sobre a possibilidade de proposição de Reclamação sem a necessidade do esgotamento das instâncias ordinárias, quando houver sido julgado improcedente pedido de superação de um determinado entendimento firmado em recursos excepcionais repetitivos por juiz de primeiro grau, seja em decisão interlocutória de mérito, seja em sentença, ou por colegiado do Tribunal de Justiça Recorrido em acórdão, com fundamento no artigo 988, I, do CPC.

Reconheceu-se que nas poucas e recentes manifestações jurisprudenciais sobre o assunto, o STJ e STF, entretanto, condicionaram a admissibilidade da Reclamatória proposta com fundamento em *Overruling* ao esgotamento das instâncias ordinárias, conforme determina o art. 988, p. 5, II.

Porém, concluiu-se nesta monografia que, na mesma linha do que tem sido consignado nas decisões do STF, no que se refere à existência de alegação de *Overruling*, a Reclamação deve ser proposta para preservar a competência do Tribunal, com fundamento no artigo 988, I, do CPC.

Argumentou-se que a diferença entre a propositura de uma Reclamatória com base no inciso I ou no p. 5, II, do artigo 988, não se reduz a mero apego ao formalismo, possuindo implicações práticas, já que a regra prevista no p. 5, II, exige expressamente o esgotamento das instâncias ordinárias.

Conforme visto, o p. 5, II, do art. 988, que condiciona o cabimento da reclamatória ao esgotamento das instâncias ordinárias, é claro ao restringir a admissibilidade de Reclamação proposta para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, aqui incluídas a aplicação indevida da tese jurídica (como, *e. g.*, recurso com alegação de *Distinguishing*) e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam (como, *e. g.*, a realização de *Anticipatory Overruling* pelos juízos *a quo*), conforme interpretação sistêmica defendida neste trabalho.

Desse modo, concluiu-se que a propositura de Reclamatória com fundamento no art. 988, I ou 988, p. 5, II, refere-se a hipóteses significativamente diversas.

Embora tenha sido dada aos magistrados a prerrogativa de “*deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte*” (art. 489, p. 1, VI), realizando o *Anticipatory Overruling* quando a jurisprudência da Corte que fixou o precedente tenha dado sinais, ainda que implícitos, de que o entendimento muito provavelmente será revogado em breve, a competência para decidir sobre a existência, e consequentemente, a

inexistência de fundamentação suficiente para superação de precedente, continua sendo das Cortes Superiores que o criaram, eis que, conforme visto, somente estas podem revogá-las definitivamente e, posteriormente, fixar novo entendimento com eficácia vinculante.

Dessa forma, quando ajuizada uma ação em que se verifique, desde logo, pretensão autoral de superação de precedente firmado em recurso excepcional repetitivo, os magistrados deverão verificar no caso concreto a possibilidade de realizar o *Anticipatory Overruling*. Caso não seja possível, a decisão que negar provimento a pedido de superação poderá ser impugnada por Reclamação, desde logo, com fulcro no artigo 988, I do CPC, pois referido inciso não exige o esgotamento das instâncias ordinárias.

Ademais, concluiu-se que não poderia ser diferente. Argumentou-se que é coerente e se mostra, inclusive, prudente, que quando uma decisão deixe de aplicar um precedente obrigatório, seja por que realizou a “superação” antecipada ou porque há distinção presente no caso, haja o esgotamento de todas as instâncias, já que se a decisão for manifestamente equivocada, por óbvio haverá sua retificação pelas cortes imediatamente superiores, sem que haja a necessidade de incomodar o STF e STJ com Reclamações sobre questões que podem ser facilmente “endireitadas” pelos tribunais *ad quem*.

Por outro lado, quando uma decisão aplica precedente obrigatório, negando provimento a pedido de superação, se mostra razoável que haja a interposição de Reclamatória incontinenti, já que somente as Cortes Superiores terão competência para realizar o *Overruling* propriamente dito.

Nesse sentido, concluiu-se que a propositura da Reclamação desde logo permite que as Cortes Superiores possam tomar conhecimento da controvérsia existente, e proporcionar, se for o caso, a evolução do direito com mais agilidade, evitando-se, assim, a perpetuações de decisões injustas em razão das malfadadas aplicações mecânicas de um precedente controverso.

Além do mais, quando houver pedido de superação, mas não se verifiquem indícios de que a Corte Superior irá revogar o entendimento do precedente em breve, os magistrados de primeiro e segundo grau sequer vão poder realizar o *Anticipatory Overruling*, mostrando-se deveras inútil que se tenha que aguardar o esgotamento de todas as instâncias para que seja possível o cabimento da Reclamatória.

Portanto, a proposição da Reclamatória desde logo evitará que os jurisdicionados tenham que percorrer desnecessariamente todos os graus da justiça, enfrentando a morosidade do Poder Judiciário, o que está de acordo com o princípio da celeridade processual e economicidade dos recursos da justiça, bem como da razoável duração do processo.

Conclui-se, assim, que o problema com relação à interpretação do artigo 1.030, I, “b” do CPC realizada por parte da doutrina está em querer levar até aos Tribunais Superiores alegação de superação de precedente por meio das vias equivocadas, quais sejam, o Recurso Especial e o Recurso Extraordinário, caminho este que, embora possível, se mostrará mais extenso e deveras desnecessário.

Para finalizar, a partir dos estudos realizados neste trabalho, é possível notar que o tema é ainda bastante controverso.

Sabe-se que a n.º Lei 13.256 de 2016, bem como o próprio CPC de 2015, tiveram como uma de suas premissas “desafogar” o Poder Judiciário, principalmente as Cortes Superiores. As alterações promovidas serviram para dificultar o acesso ao STJ ou ao STF quando a temática objeto do REsp ou RE já tiver sido analisada por essas cortes em sede de recursos repetitivos. Queria-se, com isso, diminuir a morosidade do processual e garantir ao jurisdicionado o direito a uma razoável duração do processo.

Não se desconhece, portanto, os esforços realizados para que os recursos excepcionais repetitivos não contribuíssem, ainda mais, para o enfrentamento de Cortes Superiores já muito congestionadas.

Tendo em vista que a conclusão deste trabalho foi no sentido de que é cabível a propositura de reclamação sem a necessidade do esgotamento das instâncias ordinárias quando o pedido da parte conter alegação de superação, a situação se mostra complexa e deve ser analisada com mais cautela.

É inegável que permitir o acesso do jurisdicionado direto as cortes superiores com pedidos de superação garantiria uma celeridade processual e economia de recursos da justiça em casos específicos, conforme anteriormente ponderado. Mas, se reconhece que há o risco de que referido acesso acarrete o abarrotamento ainda maior das cortes superiores, ocasionando então um afronta a razoável duração do processo, garantida constitucionalmente.

Nesse sentido, há possibilidade de novas linhas de pesquisa sobre o mesmo tema, sendo possível, por exemplo, uma nova análise das conclusões do presente trabalho em uma perspectiva de buscar meios para que o STJ e STF não sejam inundados com Reclamações com pedido de superação manifestamente improcedentes, garantindo-se, contudo, ao mesmo tempo, que os jurisdicionados não tenham seu direito de acesso ao Poder Judiciário prejudicado.

REFERÊNCIAS

ALMALEH, Carolina Hess. **O desenvolvimento histórico do common law e o papel dos juízes na Inglaterra**. Porto Alegre, 2014. Disponível em: <http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/carolina_almaleh.pdf>. Acesso em: 12 out. 2018.

ALMEIDA, Marcelo Pereira de. **Precedentes judiciais: análise crítica dos métodos empregados no Brasil para solução de demandas de massa**. São Paulo: Juruá Editora, 2014.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo. **Curso de Direito Processual Civil**. Jus Podivm, 2016.

DE PROCESSO CIVIL, Código. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de processo civil**. Brasília: Senado Federal, 2015.

DO BRASIL, Constituição Federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. **Brasília, DF**, v. 5, 1988.

DONIZETTI, Elpídio. Jogando um pouco de luz no confuso art. 1.030 do novo CPC. **Portal IED**, 08 ago. 2016. Disponível em: <<http://portalied.jusbrasil.com.br/artigos/370958959/jogando-um-pouco-de-luz-noconfuso-art-1030-do-novo-cpc>>. Acesso em: 01 set. 2018.

DUARTE, Zulmar. Juiz e a superação do precedente: *antecipatory overruling*. **Jota**, 16 out. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/juiz-e-a-superacao-do-precedente-antecipatory-overruling-16102017>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

FERNANDES, Cleanto de Albuquerque Coelho. Reclamação no STF e STJ requer esgotamento das instâncias ordinárias. **Boletim de Notícias ConJur**, 16 ago. 2016.

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-16/reclamacao-stf-stj-requer-exaurimento-instancias-ordinarias>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

FENSTERSEIFER, Wagner Arnold. Distinguishing and overruling when applying art. 489, § 1.º, section VI, of the 2015 CPC. São Paulo: **Revista de Processo**, 2017. p. 03-03.

FREIRE, Alexandre. Precedentes judiciais: Conceito, categorias e funcionalidade. In: **Panorama atual do novo CPC 2**. Coord: Paulo Henrique dos Santos Lucon e Pedro Miranda de Oliveira. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

GALINDO, Beatriz Magalhães. O precedente decorrente do julgamento de recursos repetitivos pode ser considerado de obrigatoriedade em sentido forte? In: **Recursos no CPC/2015**. Perspectiva, críticas e desafios. Coord: Beatriz Magalhães Galindo e Marcela Kohlcah – Salvador: ed. Juspodivum, 2017.

GALIO, Morgana Henicka. História e formação dos sistemas *civil law* e *common law*: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas. In: GALIO, Morgana Henicka. **Overruling**: a superação do precedente. 283f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

GRILLO, Marcela Fontenelle. Aplicação prática do precedente judicial: ratio decidendi, obiter dictum, distinguishing e overruling. **Portal Jus**, jul. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41364/aplicacao-pratica-do-precedente-judicial-ratio-decidendi-obiter-dictum-distinguishing-e-overruling>>. Acesso em: 20 out. 2018.

LEAL, Diego de Lima. O significado dos precedentes judiciais na *common law* dos EUA. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 150, jul 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17564&revista_caderno=21>. Acesso em: 01 jul. 2018.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Recursos extraordinário e especial repetitivos: Antecedentes e novidades no CPC/2015. In: **Panorama atual do novo CPC 2**. Coord.: Paulo Henrique dos Santos Lucon. Pedro Miranda de Oliveira. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Reclamação e competência: O esquecido inciso I do artigo 988 do CPC. **Jota**, 26 fev. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/reclamacao-e-competencia-26022018>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano, v. 14, 2010.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. O precedente qualificado no processo civil brasileiro: formação, eficácia vinculante e impactos procedimentais. **Publicações da Escola da AGU**, v. 8, n. 1, 2016.

NERY, JR.Nelson; ABOUD, Georges. Recursos para os Tribunais Superiores e a Lei 13.256-2016. **Revista de Processo**, v. 257, 2016. p. 231.

NUNES, Dierle; FREITAS, Marina Carvalho. O STJ e a necessidade de meios para superação dos precedentes. **Conjur**, 22 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-22/opinioao-stj-meios-superacao-precedentes>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

NUNES, Dierle. Proposta de reforma do novo Código de Processo Civil apresenta riscos. **Conjur**, 26 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-26/dierle-nunes-proposta-reforma-cpcapresenta-riscos>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O sistema de precedentes no CPC projetado: engessamento do direito. In: **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais. 2014. p. 307-324.

PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm. 2015, p. 546.

PORTES, Maíra. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de common law. **Processos Coletivos**, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/doutrina/24-volume-2-numero-2-trimestre-01-4-2011-a-30-06-2011/117-instrumentos-para-revogacao-de-precedentes-no-sistema-decommon-law>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

RAMIRES, Mauricio. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. São Paulo: Livr. do Advogado, 2010.

RENÉ, David. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Fontes, 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law: introdução ao direito dos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

STF: Reclamação n.º: 29744 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 25/05/2018. **STF**, 12 jun. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2829744%2E%2E+OU+29744%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yaghltht>>. Acesso em 09 set. 2018.

STF: Reclamação n.º: 24211, Relator(a): Min. Dias Toffoli, julgado em 03/06/2016. **STF**, 07 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2823980%2E%2E+OU+23980%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/hw54k8l>>. Acesso em 10 jul. 2018.

STJ: AgRg no Ag n.º: 801112/BA 2006/0167814-2, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 15 mar. 2007. p. 297. **STJ**, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=801112&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> . Acesso em 08 set. 2018

STJ: AgInt no TP n.º 473/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/08/2017. **STJ**, 08 set. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/toc.jsp?processo=000473.NUM.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 15 ago. 2018.

STJ: AgInt no AREsp n.º 1164904/ES, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/03/2018. **STJ**, 23 mar. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/toc.jsp?processo=1249746.NUM.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 15 ago. 2018.

STJ: AREsp n.º 1249746, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 05/03/2018. **STJ**, 08 mar. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/toc.jsp?processo=1249746.NUM.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 15 ago. 2018.

STJ: Reclamação n.: 24259, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 18 jun. 2016. **STJ**, 22 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/toc.jsp?processo=024259.NUM.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC1>> Acesso em 12 jun. 2018.

STJ: Reclamação n.º 36.294, Relatora: Min.Rel. ASSUETE MAGALHÃES, julgado em 14 de ago. de 2018. **STJ**. 20 ago. 2018. Disponível em: <

<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?processo=036294.NUM.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true> >. Acesso em: 18 set. 2018.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TRENTO, Simone. Revogação de Precedente Constitucional e Tutela da Confiança. **A força dos precedentes**, v. 2, p. 379-395, 2012.

TUBELIS, Vicente Paulo. Divergência jurisprudencial e participação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 179

UZEDA, Carolina. Inadmissibilidade de recurso extraordinário e especial: Formas de impugnação. **Jusbrasil**, 16 out. 2017. Disponível em: <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/509988626/inadmissibilidade-de-recurso-extraordinario-e-especial-formas-de-impugnacao>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

VIAFORE, Daniele. **As ações repetitivas no direito brasileiro**: comentários sobre a proposta de “incidente de resolução de demandas repetitivas” do projeto de novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência**: segurança jurídica e dever de uniformizar. São Paulo: Atlas, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil – Artigo por Artigo, de acordo com a Lei nº 13.256/2016**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.